



法学研究
CHINESE JOURNAL OF LAW

专题选辑 陈甦 / 总主编

民事立法与 民法典编纂

Civil Legislation and Codification of
Civil Code

朱广新 主编

40



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

朱广新

中国社会科学院法学研究所研究员、民法研究室副主任，中国法学会民法学研究会副秘书长。代表作：《合同法总则研究》（专著）、《信赖保护原则及其在民法中的构造》（专著）、《惩罚性赔偿制度的演化与适用》（论文）、《不动产适用善意取得制度的限度》（论文）。

《法学研究》专题选辑
陈甦 / 总主编

民事立法与 民法典编纂

Civil Legislation and Codification of
Civil Code

朱广新 主编

 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

总序

回顾与反思是使思想成熟的酵母，系统化的回顾与专业性的反思则是促进思想理性化成熟的高效酵母。成熟的过程离不开经常而真诚的回顾与反思，一个人的成长过程是如此，一个学科、一个团体、一本期刊的发展过程也是如此。我们在《法学研究》正式创刊40年之际编写《〈法学研究〉专题选辑》，既是旨在引发对有关《法学研究》发展历程及其所反映的法学发展历程的回顾与反思，也是旨在凝聚充满学术真诚的回顾与反思的思想结晶。由是，《〈法学研究〉专题选辑》是使其所刊载的学术成果提炼升华、保值增值的载体，而非只是重述过往、感叹岁月、感叹曾经的学术纪念品。

对于曾经的法学过往，哪怕是很近的法学过往，我们能够记忆的并非像我们想象的那样周全、那样清晰、那样深刻，即使我们是其中许多学术事件的亲历者甚至是一些理论成就的创造者。这是一个时空变化迅捷的时代，我们在法学研究的路上走得很匆忙，几乎无暇暂停一下看看我们曾经走过的路，回顾一下那路上曾经的艰辛与快乐、曾经的迷茫与信念、曾经的犹疑与坚定、曾经的放弃与坚持、曾经的困窘与突破，特别是无暇再感悟一下那些“曾经”中的前因后果与内功外力。法学界同仁或许有同样的经验：每每一部著述刚结句付梓，紧接着又有多个学术选题等待开篇起笔，无参考引用目的而只以提升素养为旨去系列阅读既往的法学精品力作，几为夏日里对秋风的奢望。也许这是辉煌高远却又繁重绵续的学术使命造成的，也许这是相当必要却又不尽合理的学术机制造成的，也许这是个人偏好却又是集体相

似的学术习惯造成的，无论如何，大量学术作品再阅读的价值还是被淡化乃至忽略了。我们对没有被更充分传播、体现、评价及转化的学术创造与理论贡献，仅仅表达学人的敬意应该是不够的，真正的学术尊重首先在于阅读并且一再阅读映现信念、智慧和勇气的学术作品。

《〈法学研究〉专题选辑》试图以学术史研究的方法和再评价的方式，向学界同行表达我们的感悟：阅读甚至反复阅读既有成果本该是学术生活的重要部分。

我曾在另外一本中国当代法学史著作的导论中描述道：中国特色社会主义法治建设之路蜿蜒前行而终至康庄辉煌，中国法学研究之圃亦蔓延蓬勃而于今卓然大观。这种描述显然旨在鼓舞而非理解。我们真正需要的是理解。理解历史才能理解现在，理解现在才能理解未来，只有建立在对历史、现在和未来的理解基础上，在面对临近的未来时，才会有更多的从容和更稳妥的应对，才会有向真理再前进一步的勇气与智慧。要深刻理解中国法学的历史、现在以及未来，有两种关系需要深刻理解与精准把握：一是法学与法治的关系，二是法学成果与其发生机制的关系。法学与法治共存并互动于同一历史过程，法学史既是法律的知识发展史，也构成法治进步史的重要组成部分。关于法、法律、法治的学术研究，既受制于各个具体历史场景中的给定条件，又反映着各个历史场景中的法律实践和法治状况，并在一定程度上启发、拨动、预示着法治的目的、路径与节奏。认真对待中国法学史，尤其是改革开放以来的法学史，梳理各个法治领域法学理论的演进状态，重估各种制度形成时期的学术供给，反思当时制度设计中背景形塑和价值预设的理论解说，可以更真实地对法治演变轨迹及其未来动向作出学术判断，从中也更有把握地绘出中国法学未来的可能图景。对于既有法学成果，人们更多的是采取应用主义的态度，对观点内容的关注甚于对观点形成机制的关注。当然，能够把既有学术观点纳入当下的理论创新论证体系中，已然是对既往学术努力的尊重与发扬，但对于学术创新的生成效益而言，一个学术观点的生成过程与

形成机制的启发力远大于那个学术观点内容的启发力，我们应当在学术生产过程中，至少将两者的重要性置于等量齐观的学术坐标体系中。唯其如此，中国法学的发展与创新才会是一个生生不息又一以贯之的理性发展过程，不因己悲而滞，不因物喜而涨，长此以往，信者无疆。

作为国内法学界的重要学术期刊之一，《法学研究》是改革开放以来中国法学在争鸣中发展、中国法治在跌宕中进步的一个历史见证者，也是一个具有主体性、使命感和倡导力的学术过程参与者。《法学研究》于1978年试刊，于1979年正式创刊。在其1979年的发刊词中，向初蒙独立学科意识的法学界和再识思想解放价值的社会各界昭示，在办刊工作中秉持“解放思想、独立思考、百家争鸣、端正学风”的信念，着重于探讨中国法治建设进程中的重大理论和实践问题，致力于反映国内法学研究的最新成果和最高学术水平，热心于发现和举荐从事法学研究工作的学术人才。创刊至今40年来，《法学研究》虽经岁月更替而初心不改，虽有队伍更新而使命不坠，前后八任主编、50名编辑均能恪守“严谨、务实、深入、学术”的办刊风格，把《法学研究》作为自己学术生命的存续载体和学术奉献的展示舞台。或许正因如此，《法学研究》常被誉为“法学界风格最稳健、质量最稳定的期刊”。质而言之，说的是刊，看的是物，而靠的是人。我们相信，《法学研究》及其所刊载的文章以及这些文章的采编过程，应该可以视为研究中国改革开放以来法学发展、法治进步的一个较佳样本。也正因如此，我们有信心通过《〈法学研究〉专题选辑》，概括反映改革开放以来中国法学发展的思想轨迹以及法学人的心路历程。

本套丛书旨在以《法学研究》为样本，梳理和归整改革开放以来中国法学在一个个重要历史节点上的思想火花与争鸣交织，反思和提炼法学理论在一个个法治建设变奏处启发、拨动及预示的经验效果。

丛书将《法学研究》自创刊以来刊发的论文分专题遴选，将有代表性的论文结集出版，故命名为“《法学研究》专题选辑”。考虑到《法学研究》刊发论文数量有限，每个专题都由编者撰写一篇2万字左右的“导论”，结合其他期刊论文和专著对该专题上的研究进展予以归纳和提炼。

丛书第一批拟出版专题15个。这些专题的编者，除了《法学研究》编辑部现有人员外，多是当前活跃在各个法学领域的学术骨干。他们的加入使得我们对这套丛书的编选出版更有信心。

所有专题均由编者申报，每个专题上的论文遴选工作均由编者主要负责。为了尽可能呈现专题论文的代表性和丰富性，同一作者在同一专题中入选论文不超过两篇，在不同专题中均具代表性的论文只放入其中的一个专题。在丛书编选过程中，我们对发表时作者信息不完整的，尽可能予以查询补充；对论文中极个别受时代影响的语言表达，按照出版管理部门的要求进行了细微调整。

不知是谁说的，“原先策划的事情与实际完成的事情，最初打算写成的文章与最终实际写出的文章，就跟想象的自己与实际的自己一样，永远走在平行线上”。无论“平行线”的比喻是否夸张，极尽努力的细致准备终归能助力事前的谨慎、事中的勤勉和事后的坦然。

我思故我在。愿《法学研究》与中国法学、中国法治同在。

陈甦

2019年10月8日

于沙滩北街15号

目录

- [导论](#)
- [我们应该制定什么样的民法](#)
- [试论我国民法的调整对象及其客观依据](#)
- [经济体制改革与民事立法](#)
- [论我国民法典的认识论基础](#)
- [市场经济和意思自治](#)
- [论建立适应社会主义市场经济的民法经济法体系](#)
- [建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议](#)
- [论中国民法的现代化](#)
- [《中华人民共和国合同法》的起草](#)
- [物权变动的原因与结果的区分原则](#)
- [制定中国物权的若干问题](#)
- [论人格权的本质](#)
- [人格权的理论基础及其立法体例](#)
- [我国民法典：序编还是总则](#)
- [中国民法典的品性](#)
- [民法典总则与民法典立法体系模式](#)
- [中国民事立法体系化之路径](#)
- [风险领域理论与侵权法二元归责体系](#)
- [民法典总则编“法律行为”一章学者建议稿的编写说明](#)
- [民法基本原则：理论反思与法典表达](#)

导论

朱广新^[1]

我国具有悠久的成文法传统，从公元前536年郑国执政，子产“铸刑书于鼎”，至《大清律例》，2000多年间，成文法绵延不绝，无比发达。20世纪以来，在此种历久弥坚的成文法传统影响下，寻求民族独立、国家富强的中国人，在法制变革上，将编纂现代意义的法典当作法治建设的首要目标。中华人民共和国成立后，制定统一的民法成为民事立法的重要任务，然而，两次民法制定工作（史称第一、第二次民法典编纂）皆未获得什么成果。1978年12月，党的十一届三中全会开启改革开放的历史新时期，民事立法适应现实需求逐步发展起来。在这个极其重要的历史拐点，民法典编纂再次被提起，并迅疾进入实施中。自此以后的30余年间，编纂民法典成为民法学人常谈常新的话题和学术研究的常规对象。但是，直到2014年10月党的十八届四中全会作出“编纂民法典”的重大决定，民法典才真正凭借2017年3月颁布的民法总则迈出坚实而具有重大历史意义的第一步。

总体而言，改革开放以来，我国民事立法与民法典编纂在学术研究方面呈现出明显的阶段性、渐进性发展特征，这些特征在很大程度上与经济社会转型性立法普遍具有的特点相契合。

一 第三次民法典编纂与民法通则的制定

党的十一届三中全会使全党工作的着重点和全国人民的注意力转移到社会主义现代化建设上来，以经济建设为中心的改革开放由此拉开帷幕，有法可依、有法必依、执法必严、违法必究的法制建设方针随之确立起来。立法尤其是有关经济发展的民商事立法，自此进入快车道。^[2]1978年底，担任五届全国人大常委会法制委员会副主任委员的陶希晋同志写给中共中央一封信，向中央建议不要制定民法典。中共中央将这封信转到中国社会科学院，院长胡乔木同志将信件交给法学研究所，所领导再交给民法经济法研究室。王家福教授组织研究室全体同志对这封信提出的建议及其理由进行了研究、讨论，大家一致认为这封信的建议是错误的，中国绝对不能没有自己的民法典。在经过慎重考虑和认真研究之后，决定向中央写一个研究报告，提出相反的建议，此即《关于制定民法典的研究报告》。研究报告经胡乔木院长上报中共中央，中央领导同志作了批示。按照批示，全国人大常委会决定立即启动民法典起草工作。1979年11月，五届全国人大常委会法制委员会成立了由杨秀峰同志任组长、陶希晋同志任副组长的民法起草中心小组（通称“民法起草小组”），从全国调集了一批民法学者和实务部门的民法专家，开始了新中国第三次民法起草。^[3]以民法制定为中心的民法学研究也由此被激发出来。1980年，王家福、苏庆和夏淑华撰文指出：“我国已经进入新的历史时期。实现四个现代化已成为新时期压倒一切的中心任务。体现时代要求、反映人民愿望的现代化建设的宏伟事业，十分紧迫地把制定民法的任务提到了我们党和国家的面前。”该文对制定民法的客观必要性，民法的主要内容（如民法的任务和基本原则、民事权利的主体、民法的适用范围和时

效、财产的所有等），制定民法应该注意的原则等进行了较为详细的论述。^[4]呼吁尽快制定民法一时成为民法研究的热点。^[5]

1980年至1982年5月，民法草案从一稿起草到四稿。1982年6月，全国人大常委会法制委员会决定，终止民法典起草工作，先审议颁布一些社会急需的民事单行法律，待条件具备时再制定民法典。婚姻法（1980）、经济合同法（1981）、商标法（1982）、专利法（1984）、继承法（1985）等单行民事法律先后制定出来。梁慧星教授多年后对此评价道：“现在看来，当时如果真的制定了一部民法典，则该民法典必定主要参考苏联和东欧民法，不可能符合改革开放和发展社会主义市场经济的要求。”^[6]

历史地看，第三次民法典编纂的天折与一个重要的学术研究背景不无关系，即自1979年开始持续达7年之久的民法与经济法争论。1979年8月7—8日，中国社会科学院法学研究所邀请北京地区法律院系的学者召开“民法与经济法问题学术座谈会”，会上形成“大经济法观点”与“大民法观点”两种对立看法。争论的关键问题是，企业之间的经济关系究竟由民法还是经济法调整，即经济合同法究竟属于民法还是属于经济法。持大经济法观点者主张取消民法而由经济法替代。这种观点影响到人们对民法的正确认识，甚至影响到民法研究者对民法的信心。更为甚者，有些人主张把民法的一部分划入经济法，使传统的民法体系陷于凌乱或范围减缩。这种理论在整个法学界占据重要地位，对民法形成较大冲击，使民法学界陷入近乎消沉的境地。^[7]民法相对于经济法的此种弱势地位，一定程度上也反映在学术论文的产出量对比上。在20世纪80年代初期，虽然民法制定是立法重点之一，但是从学术论文产出上看，似乎更多的学者热衷于研究经济法问题，与民法制定相关的民法学论文少之又少。但是，深入分析也可以发现，经济法学术论文的研究动机或目的，有些纯粹是为经济法争地盘，而一些主要由民法学者撰写的论文，则是想通过界定经济法的范

围而间接论证民法的必要性及其范围^[8]。由于我国法学把调整对象作为部门法划分的主要依据，学者们通常多从调整对象方面分析论证民法或经济法的正当性与存在范围。譬如，有学者从分析各种经济关系的性质入手认为，民法只能调整与价值规律的直接作用相联系，具有当事人双方自主平等以及等价有偿特点的商品经济关系；而基于国家组织经济的职能所产生的经济关系，包括计划管理关系和经济合同关系等，应该由经济法调整；社会主义新型劳动关系则由劳动法调整。公民个人生活资料的继承关系和某些人身关系也属民法调整的范围。^[9]

1984年10月20日，党的十二届三中全会在《中共中央关于经济体制改革的决定》中明确提出：社会主义计划经济是在公有制基础上的有计划的商品经济，商品经济的充分发展是社会经济发展的不可逾越的阶段，是实现我国经济现代化的必要条件。这一重大政策决定彻底扭转了民法在民法、经济法之争中的弱势地位^[10]，民法学研究以及民事立法由此发生重大变迁。其实，1980年10月17日，国务院就颁布《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，要求各级政府和主管部门“要学会掌握经济规律，利用价格、税收、信贷、利率等经济杠杆，制定必要的经济法规，指导竞争的健康发展”。但是，人们对计划经济与市场调节之间的关系，仍无法形成确定的认识。所以，十二届三中全会提出的“实行计划经济同运用价值规律、发展商品经济，不是互相排斥的，而是统一的，把它们对立起来是错误的”，“只有充分发展商品经济，才能把经济真正搞活，促使各个企业提高效率，灵活经营，灵敏地适应复杂多变的社会需求，而这是单纯依靠行政手段和指令性计划所不能做到的”，极大地解放了包括民法经济法学者的法学思想，民法学者再次燃起呼吁制定民法的热情。

有计划的商品经济体制改革为民事立法提出许多新课题，现实迫切需要制定一批像票据、破产、保险之类的单行法规。从立法体系的

角度看，制定民法典也非常必要。民事活动中的代理、时效、法律行为等都不宜以单行法规的形式加以规定，但它们在经济生活中又是必不可少的。有单行民事法规而无民法典，就会显得有目无纲、杂乱无章，不利于立法的系统化。而且单行法规规定过多，仍不免挂一漏万，在法律调整中留下许多空白点。有些学者因此建议，以苏联民事立法的经验教训为鉴，我国民事立法应该有一个总体设计，在制定单行法规的同时，尽快颁行民法典，从而少走弯路，真正建立起具有中国特色的民事立法体系。[\[11\]](#)

1985年4月9—14日，中国法学会民法学经济法学研究会在江苏省苏州市召开成立大会。与会人员认为，民法是调整商品经济关系的基本法。通过经济体制改革，我国社会主义有计划的商品经济关系将会获得很大发展，平等、自愿、等价有偿原则是调整商品交换关系的基本原则，民法是最适合体现这种基本原则的法律形式。我国先后制定了经济合同法、专利法、继承法等重要法律，立法工作有了很大进展。当前急需就民法的制定作出通盘设计和规划，加快民法的制定和颁布。1985年7月，全国人大法工委会同最高人民法院和一些法律专家经过反复调查研究，广泛征求法律专家、中央有关部门、各地方以及法律院系、研究单位的意见，参考国外有关法律资料，在1982年民法草案（四稿）的基础上起草民法通则草案。同年8月15日，草拟出民法通则（征求意见稿）并印发部分单位征求意见，之后修改形成民法通则（草案），并于同年11月提请六届全国人大常委会第十三次会议进行初审。同年12月4—11日，全国人大法律委员会和全国人大常委会法工委召开了《民法通则（草案）》座谈会。1986年2月民法通则（草案）修改稿再次印发部分单位征求意见。[\[12\]](#)

1986年4月12日，第六届全国人民代表大会第四次会议通过民法通则。有人认为它“就是指民事法律规范的通用准则”，“实际上就是我国的第一部社会主义的调整民事活动和民事关系的基本大法”，

“它填补了我国法律体系中民事立法的空白”。^[13]它以基本法的形式肯定了民法在我国法律体系中的地位和作用，“它把我国法律体系中民事基本法的空白补上去了，使我国的社会主义法制建设向前迈进了一大步”，并为制定一部较为完善的新的民法典奠定了基础。^[14]它“在相当程度上起到了统一认识的作用”^[15]，“标志着我国具有中国特色的社会主义民法的确立”^[16]。但是，学者们也清醒地认识到，“《民法通则》还不是完整的民法典，它仍亟待单行法去补充”。^[17]民事立法仍然任重道远。

民法通则颁布后的几年里，如何理解、解释这部法律，成为学术研究的重点。

二 合同法与第四次民法典编纂

我国的改革开放是一场追求强国富民的自我革命，旧经济体制及其相关的观念、制度的解体、破除与消灭，与新的经济体制及观念、制度、体系的承认、确立与完善，始终处于激烈碰撞、斗争中。随着改革开放的逐步推进，计划经济体制与商品经济体制所形成的新旧利益格局的冲突和摩擦日益加剧，至20世纪80年代末90年代初期，我国经济体制改革与对外开放实践遭遇严重困境，在理论上面临被从根本上否定的危险。1989年后，一些实质上主张计划经济的人甚至想以各种借口否定民法通则。

1991年4月5日，在民法通则颁布五周年之际，中国社会科学院法学研究所邀请首都从事民事立法、司法及民法教学、研究的学者专家以“民法通则的回顾与展望”为主题召开了座谈会。与会人员在充分认识、肯定民法通则的价值、意义和重大作用之时，亦清楚地认识到我国民事立法相对于社会经济的快速发展所存在的诸多缺陷，并由此提出制定完备的民法典已相当必要。^[18]如谢怀栻教授提出，我国的民法仍处于一种分散的状态。民法通则过于简单，合同法一分为三，而且已经过时。婚姻法也过于简单。现在正在拟定关于收养和“婚姻管理”的条例，正在着手修订经济合同法，但工作都不理想。如此下去，我国民事立法势必将长期陷于分散零乱的状态。有些重要问题，如债法总则、物权特别是抵押权问题等仍处于无法可依的状态。因此，希望立法者改变过去“立法宜粗不宜细”的指导思想，考虑制定一部完备的、真正解决问题的民法。像民法通则这样看起来似乎面面俱到，而用起来处处捉襟见肘的法律，通过四年多的实践，足以使我们明白，法律是不能“宜粗不宜细”的。再如杨振山教授认为，加速

制定我国民法典已势在必行，原因有：一是民法通则的形式和规范不能充分展现民法的价值；二是司法实践及经济实践都需要完整而统一的民法典，零散的单行法规一方面容易发生矛盾，另一方面容易产生漏洞；三是商品经济需要统一的市场，也需要统一的法典来规范；四是民法所保护的人身关系内容非常丰富，民法通则的规定尚需进一步充实；五是民法典是集约性立法，它能使各个单行法规进一步得到协调；六是通过民法典的制定，可以更好地向全国人民普及民法知识，也可以促进民法学的研究更进一步深入。

显而易见，民法通则不是抑制了民法学者编纂民法典的梦想和追求，而是在夯实民法地位之后强化了民法学者制定统一民法典的共识。相比于20世纪70年代末80年代初的第三次民法典编纂，十多年的民事法律实践与法学研究已使民法学者对于民法典编纂在思想认识上发生了深刻变化，与民法典相关的学术研究已呈现出应当制定民法典与如何制定民法典相互交织的新格局。建立社会主义市场经济体制的改革目标的明确化，为民法典研究格局的形成更是施加了强大的推动力。

1992年1月18日至2月21日，邓小平先后赴武昌、深圳、珠海和上海视察，沿途发表了重要谈话（史称“邓小平南方谈话”），并作出诸多重要论断，如“改革开放胆子要大一些，看准了的，就大胆地试、大胆地闯”、“计划和市场都是经济手段，不是社会主义与资本主义的本质区别”等^[19]。“邓小平南方谈话”标志着我国改革进入加快发展的新阶段。^[20]1992年10月召开的党的第十四次全国代表大会明确提出，我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制，也就是要使市场在社会主义国家宏观调控下对资源配置起基础性作用，使经济活动遵循价值规律的要求，适应供求关系的变化；通过价格杠杆和竞争机制的功能，把资源配置到效益较好的环节中去，并

给企业以压力和动力，实现优胜劣汰；运用市场对各种经济信号反应比较灵敏的优点，促进生产和需求的及时协调。

改革开放以来的民事立法，主要以经济建设为基本驱动力，经济改革的方向、目标、范围直接决定着民事立法的规划、信心和广度。社会主义市场经济体制这种改革目标模式的提出，彻底解决了困扰人们多年的如何处理计划与市场之间关系的难题，消除了人们关于市场经济发展的种种思想顾虑，为改革开放确立了十分明确的发展方向。这对民事立法及与此相关的法学研究产生了深远影响。许多民法学者自此开始对民法典编纂作更为深入、广泛的思考。

立法是在认识既往人类行为规律性的基础上对未来人类行为加以预见并进行规制的认识活动，必以一定的认识论作指导。从法国民法典、德国民法典、瑞士民法典看，每一部民法典都以一定的认识论为基础，这种认识论反映在民法典的条文或立法技术中。经过一个多世纪的考验，立法中的绝对主义和不可知论皆已被证伪，德国民法典和瑞士民法典所持的认识论相对比较合理。以辩证唯物主义为重要内容的马克思主义哲学是我国未来民法典的认识论基础。辩证唯物主义以相对真理与绝对真理关系为内容的认识论，与作为德国民法典和瑞士民法典基础的康德认识论十分接近。基于人类认识能力的至上性，应制定尽可能多的预料未来人类行为并加以规制的民法典。基于人类认识能力的非至上性，未来制定的民法典必须保持开放性结构，合理地将立法权授予司法者，使绵延的司法过程成为短暂的立法过程之逻辑延伸，以司法者的认识能力补立法者认识能力之不足。因此，若承认辩证唯物主义为我国未来民法典的认识论基础，对未来民法典的涵盖范围、法律渊源、体制设计等问题的处理就获得了明确指针。现实的教训已告诉我们，我国的民事立法不能再采取“宜粗不宜细”的立法方式，而必须制定严格规则主义风格的缜密的法典。同时，又必须承认民法典不可能包罗万象，把立法者不能预见的问题交由经精心选择

的其他有权机关依严格的程序处理，使民法典同时具有一定的自由裁量主义的风格。[\[21\]](#)

自由选择、自由竞争是市场经济的本质要求。意思自治是民法的核心原则。有学者对市场经济下如何理解和落实意思自治原则进行了深入分析。私法所奉行的意思自治对个人才智的激发、人类文明的演进所起的积极作用，以市场经济为主体的国家经济建设和法制建设所取得的成功经验，清楚地告诉我们：实行市场经济机制、强化以意思自治为核心的私法系统，是政府正确解决市场与计划的关系，在经济政策和法律制度中的两个必然选择。因此，研究意思自治与市场经济的本质联系及互动关系，认清意思自治的实施现状与市场经济所要求的实施程度之差距，探求扩大意思自治的合理途径以促进市场经济的发展，控制意思自治实施的度，以防个人主义的泛滥，这是现代经济发展摆在每一个法律学者面前亟待研讨和解决的重大课题。权利本位是意思自治的基础。进一步强化权利本位，彻底抛弃义务本位观，应完善民事权利立法体系，建立以民法典为核心，公司法、票据法、证券法、信托法等民事特别法为补充的民事立法体系势在必行。[\[22\]](#)

有学者以社会转型为视角对民法在我国现代社会中的意义进行了深入研究，并提出如下看法：随着市场导向改革的全面展开和深入进行，中国社会面临着一个全面的转型时期，即由“熟人社会”迈向“陌生人社会”。在陌生人之间，法律的作用达到最高程度。因此，当代中国社会已经越发需要民法，需要法典化的民法。作为满足当代中国需要并促进社会变革和发展的民法典，负有特殊的经济、政治和社会文化使命。经济使命是，为中国的经济活动提供良好的制度框架和活动准则，促进市场经济的发展。政治使命是，促进中国民主政治的发展和法治国的实现。社会文化使命是，通过民法典的颁布，促进中国市民社会的缔造，促进传统文化向现代文化的转型，实现新的社

会整合。中国民法的法典化是中国走向繁荣的必由之路，是实现中国现代化的基本出发点。[\[23\]](#)

社会主义市场经济体制改革，不仅在经济领域引发了一场深刻革命，而且对我国民法经济法体系也必将带来一场观念与制度的巨大更新。有学者对此进行了系统思考。如谢怀栻教授认为，进行民法经济法领域的改革，正如经济体制的改革一样，这种改革不是对原有体制（体系）的细枝末节的修补，而是一种根本性变革，只有掌握这一点，才能使我国的民法经济法体系，真正从计划经济的框框里转变到社会主义市场经济的体制下，起到法律保障经济体制改革、促进经济体制改革和经济建设的作用。原则上，在民法经济法领域，不应该再从所有制方面去肯定或否定某一经济主体的法律人格，而应该只从法律形式上去区分主体，即只要具备法律规定的要件，就承认其有进入市场并在市场中活动的民事权利能力和行为能力；每个主体拥有明确的产权；每个主体对自己的行为负责；各经济主体之间维持自主、平等、互利、公平的关系及合作与竞争的关系。社会主义市场经济要形成、存在和发展，要建立一系列具体制度。必须加速制定公司法，完善民法通则中关于合伙的规定，完善关于企业登记的规定。随着企业法的建立，要完善破产法。要把计划经济体制下的国家所有权改造为市场经济体制下的国家产权，即包括所有权、股权（股东权）、债权、知识产权等在内的复合的“产权”。应该完善法人制度，使法人（其中主要是企业法人）享有完全的产权。应制定一部适用于全国性统一市场的合同法。[\[24\]](#)

另有类似研究认为：区分公法与私法是建立市场经济法律体系的前提，当前强调公私法的区分，具有重大的理论意义和实践意义；应区分作为公权者的国家与作为所有者的国家；要坚决摒弃与社会主义市场经济不相适应的陈旧理论和观念，如关于国有企业财产权的传统理论，苏联现代经济法学派代表人物拉普捷夫的经济法理论等。建立

市场经济法律体系应贯彻如下基本原则：财产所有权一体保护、合同自由、自己责任、公平竞争、经济民主、诚实信用、保护弱者、维护社会正义、违法行为法定等。社会主义市场经济法律体系主要由民商法、经济法和社会法三大部门构成。从总体上说，我国民事立法过于简单，缺乏应有的可操作性，不能很好地适应市场经济发展的需要，亟须进一步完善。最理想的方案是组织力量制定一部完整的民法典，但短期内很难完成。为尽快使民事立法适应市场经济发展的要求，可以在现行的民法通则的基础上先分别制定物权法或财产法、债权法或合同法。合同法是债法中最核心的部分。如果债法一时难以制定出来，可以先行制定一部完整的合同法。^[25]

制定一部统一的合同法显然已是大势所趋、人心所向。合同法之所以成为最为迫切的民事立法目标，根本原因在于：为满足改革开放不同阶段的发展需要，我国于1981年、1985年、1987年先后制定了经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法，合同法领域由此形成“三法割据”局面。这种市场分割的合同法格局明显不利于社会主义市场经济体制的发展。因此，制定统一的合同法，结束“三法鼎立”局面，为市场经济确立统一的交易规则，成为民事立法的迫切任务。

1993年，经济合同法修订^[26]后不久，全国人大常委会法工委召开了一个专家研讨会。与会专家一致认为起草统一合同法的条件已经具备，建议由专家学者承担起草工作并委托部分专家先提出一个立法方案。1993年10月，全国人大常委会法工委邀请江平教授、梁慧星研究员等研究、拟定统一合同法立法方案。这次会议产生的立法方案包括立法指导思想、调整范围及与其他法律的关系、基本结构及起草提要、起草的技术性要求。上述立法方案经由全国人大常委会法工委在一定范围内征求意见后，又于1994年1月邀请全国十多个单位的专家学者对立法方案进行了更加充分的论证，并在12个单位之间进行了起草工作分工。12个单位的专家学者依照立法方案分别起草各自负责的章

节。1994年11月，各单位起草的合同法条文及立法理由汇总，全国人大常委会法工委委托中国社会科学院法学研究所梁慧星、张广兴、傅静坤三人统稿，完成合同法建议草案，并于1995年1月提交全国人大常委会法工委。1995年4月，全国人大常委会法工委邀请北京地区的专家学者与最高人民法院的司法工作者对合同法建议草案进行讨论和论证。在这次会议上，与会人员充分肯定了建议草案的基本内容，并逐章逐条进行了讨论，对若干具体制度、条文乃至概念、用语提出了意见，由此形成包括四十二章511条的合同法（试拟稿）。合同法（试拟稿）为合同法草案打下坚实基础。《中华人民共和国合同法的起草》一文对制定统一合同法的缘由、过程及争议问题进行了详细的总结。[\[27\]](#)经过6年多的努力，合同法于1999年3月15日颁布，并于同年10月1日施行。该部法律为社会主义市场经济体制的发展提供了明确的法律依据，其成功极大地增强了制定民法典的信心。

在合同法制定期间，一些多年来一直致力于物权法研究的学者，对如何科学地制定物权法而进行深入研究。在财产公有制下，民法学界对物权法在观念及具体制度上皆缺乏深入理解和深刻认识，在很长一段时间里，人们对是否承认物权概念存在严重分歧，相比于合同法，物权法研究一直显得比较薄弱。[\[28\]](#)产权清晰是市场经济发展的前提条件。社会主义市场经济体制的确立为物权法立法与研究同样注入强大发展动力。在市场经济条件下，不论是经营行为还是一般生活行为，都会经常涉及物权的取得与丧失，所以物权是时刻处于变动之中的。物权立法当然应该将物权变动当作立法的重点内容之一。然而，在确定物权立法中的物权变动的规范时，首先应该考虑的问题之一，就是物权变动的原因与结果之间的关系。对这一问题的探讨不仅有着重要的理论意义，而且有着十分重要的实践意义。根据物权变动及其原因之间的复杂关系，应该在我国物权法的基本规则中建立区分原则。《物权变动的原因与结果的区分原则》对此进行了系统分析。

[29]文章提出的观点大大提升了人们对物权法的深入理解，并为物权法制定提供了坚实的理论基础。2007年颁布的物权法第15条对区分原则作出了明确规定。

1998年1月13日，八届全国人大常委会副委员长王汉斌邀请5位民法教授（江平、王家福、梁慧星、王保树、王利明）参加民法典起草座谈。5位教授一致认为起草民法典的条件已经具备，王汉斌副委员长遂决定恢复民法典起草工作，并委托9位学者专家组成民法起草工作小组，负责起草民法典草案和物权法草案。1998年3月25—27日，召开了民法起草工作小组第一次会议，议定“三步走”的规划：第一步，制定统一合同法，实现交易规则的完善、统一和与国际接轨；第二步，从1998年起，用4—5年的时间制定物权法，实现财产归属关系基本规则的完善、统一和与国际接轨；第三步，在2010年前制定民法典，最终建立完善的法律体系。[30]这次会议专门讨论了梁慧星教授预先拟定的《中国物权法立法方案（草案）》。民法起草工作小组在讨论此立法方案之后作出决定：委托梁慧星教授负责按照该方案起草一部物权法草案。1999年3月，梁慧星负责的物权法立法研究课题组完成《中国物权法草案建议稿》，并提交全国人大常委会法工委。《制定中国物权法的若干问题》一文，对《中国物权法草案建议稿》所涉及的基本问题进行了阐述。[31]1999年4月，全国人大常委会法工委在北京召开物权法草案专家讨论会，讨论梁慧星负责的《中国物权法草案建议稿》。2001年5月全国人大常委会法工委起草完成物权法草案内部稿，同年底正式提出物权法草案。2002年1月下旬，全国人大常委会法工委将物权法草案征求意见稿印发部分单位征求意见。按照原计划应当在2002年提交全国人大常委会审议，在2003年提交十届全国人大常委会审议通过。

再次提出民法典编纂后，如何编纂民法典成为一个重要话题，就此很快形成三种编纂思路。一是“松散式、联邦式”思路，这一思路

的基本观点是：将现行民法通则、合同法、担保法、继承法、婚姻法及正在起草的物权法汇编在一起即可，无须具有严格的逻辑关系，也无须要求完整的规范体系。二是理想主义思路，这一思路的总体特征是：将以法国民法典为代表的法学阶梯体系与以荷兰民法典和俄罗斯联邦民法典为代表的新潘德克顿体系糅合起来，按照序编、第一编（下设分编）、第二编（下设分编）、附编的四层级结构编纂民法典。编的设计反映了对民法调整对象的理解，分编的设计反映了德国民法典创立的潘德克顿体系在21世纪的新发展，序编和附编的设置主要参考了拉丁美洲国家的民法典。徐国栋教授所著《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》对这种理想主义思路进行了详细阐述。^[32]三是现实主义思路，这一思路的基本主张是：从中国的实际出发，以德国式五编制和我国民法通则为基础，适应20世纪社会生活的新发展，借鉴20世纪制定的新民法典的立法经验。梁慧星教授对上述三种编纂思路进行了批评分析和具体阐述。^[33]

然而，随后发生的一件大事，使“分步走”的民法立法进程受到强大冲击。2001年11月10日，在多哈举行的世贸组织第四次部长级会议审议并批准中国加入世贸组织（WTO），一个月后（12月11日），我国正式成为世贸组织成员。从此，我国改革开放深度融入全球化进程。^[34]针对加入世贸组织的新情况，九届全国人大常委会委员长李鹏要求2002年完成民法典草案并经全国人大常委会审议一次。第四次民法典编纂由此拉开序幕。2002年1月11日，全国人大常委会法工委召开民法典起草工作会议。6位学者专家接受委托，分头起草民法典各编的条文草案。2002年4月16—19日，全国人大常委会法工委召开民法典草案讨论会，讨论各位受托人负责起草的各编条文草案。全国人大常委会法工委在各受托人负责起草的各编草案基础上，花费五个月时间形成了九编制的民法典草案（九月稿）。然而，全国人大常委会法工委随后却出人意料地将民法典草案（九月稿）中的“合同编”、“亲

属编”、“继承编”、“知识产权编”草案废弃，而将现行合同法、婚姻法、收养法、继承法原封不动地编入，从而形成“汇编式”的民法典草案。2002年12月23日，九届全国人大常委会第三十一次会议审议民法草案。该草案随后公开征求意见，在民法学界引起轩然大波，批评声远远多于赞美声。2004年6月，十届全国人大常委会变更立法计划，搁置民法典草案的审议修改工作，恢复物权法草案的修改、审议。^[35]第四次民法典编纂由此戛然而止。不过，虽然此次民法典编纂持续时间很短，但它却掀起了民法典编纂的争议巨浪。

2002年民法典草案争论最大、最迫切需要解决的是有关民法草案体例的问题，争论主要集中在：知识产权和涉外民事关系的法律适用要不要编入民法草案；人格权和债法总则要不要在民法草案中独立成编。^[36]

2003年，法学期刊《政法论坛》推出江平、梁慧星、杨振山、王利明等法学家关于民法典编纂的争论文章，在学界引起强烈反响。江平教授认为，我们应当制定一部开放型的民法典，而不是封闭型的民法典。民法典如果成为一个封闭体系就充满着危险，因为社会经济生活是非常活跃的，它不应当受法律的束缚和阻碍，法律应当给它更大的未来空间和余地。一部开放型的民法典应当表现为主体地位和资格、民事权利、民事活动及民事责任方面法律规定的开放。但是，一部开放型的民法典应当如何制定呢？江平教授并未言明，只是认为“英美法在这一点上是更为可取的”。^[37]由于民法典主要是一种成文法，江平教授的上述意见被理解为“松散式、联邦式”民法典编纂思路。梁慧星教授指出，民法典草案是原封不动地将现行法编入，是彻底的松散式和汇编式的，与人民所期望的民法典差距甚大。中国应当制定一部具有逻辑性和体系性的民法典。100年前，前人已经替我们作出了选择，在历经百年所形成的法律传统面前，任何立法者和学者都是渺小的。取消“债权”概念和“债权总则编”的理由站不住脚。

人格权不应单独设编，基本理由在于人格权的特殊本质。^[38]杨振山教授认为，我国当前的民法法典化已经难以逃脱德国民法典的概念体系，因为我们既有立法及各种教科书对此已经加以接受。无论是五编制、七编制、十编制还是别的体制，关键要看内容的恰当性及其内在的逻辑性，各部分之间能否互相说明与贯通。民法典编纂必须坚持民事权利配置的开放性原则，切不可因追求大而全而使民法典趋于封闭。民法典规定人格权的目的不仅仅在于宣示，更重要的在于保护，将何种行为定为侵权以及对侵权如何进行私法救济才是重心。将对人格权予以宣示性规定或限制每种具体人格权的内容作为一编，且不说其是否存在可以与人分离进行规定的逻辑问题，只就其必要性和可行性而言，都值得认真思考。^[39]王利明教授认为，体系化与系统化是民法典的内在要求。仅适用个别、局部性民事关系的，或常会发生改变的，或处于公法与私法交叉地带的，或具有很强技术性、程序性的，均应由单行法加以规定。我国民法典应采纳德国潘德克顿模式，以法律关系的要素来构建总则，以法律关系的内容即民事权利来展开分则。分则包括人格权、亲属法、继承法、物权、债权总则、合同法的一般规定及侵权责任编。^[40]

对于民法草案应否设立人格权编，有持反对意见者认为^[41]：这表面看来仅仅是一个立法体系安排问题，但实质上涉及人格权的性质认定，而恰恰在这一问题上既有观念和理论存在诸多谬误。德国民法之所以对人格权仅设保护性规范而不设赋权性规范，原因在于，人格权是一种应当由基本法（宪法）直接规定的权利，民法可以“分解”这种权利并加以具体保护，但民法不是“创设”这种权利的上帝。早期各国民法典未对人格及人格权作出正面的赋权性规定，而仅仅作出概括的或者具体的保护性规定，并非缘于对人格保护的“忽略”。对它们作“重物轻人”的指责，是不能成立的。在这些民法典的编纂者看来，对自然人人格的普遍确认是整个近代法律制度的基础和起点；

而人格权，或者为一种自然权利，或者为一种法定权利，根本不是来源于民法的授予，人格权的地位高于民事权利，民法的任务仅在于用产生损害赔偿之债的方式对之予以私法领域的法律保护。事实上，在奉行权利法定主义的国家，就人格权在民法典中的安排问题，立法者不得不面临两个无法逾越的障碍。一个是技术上的障碍，即整体意义的人格权在性质上等同于自然人的法律人格本身，而人格的享有是自然人取得民法上之财产权和身份权的前提，作为前提性的权利与作为结果性的权利显然非属同类，岂可并列？另一个是常识性观念上的障碍，即生命权、自由权等人格权利涉及自然人全面社会生存之根本，岂可由仅仅规范私人生活关系的民法赋予？归根结底，可以断言，正是人格权固有的宪法性质，阻却了各国民法典编纂者对人格权作出正面的赋权性规定并将之独立成编的任何企图。民法草案将人格权与物权、债权、亲属权加以并列，表面上突出了对人格权的保护，实质上使人格权降格减等，使其从宪法权利彻底沦落为由民法创设的民事权利。正确的做法应当是在民法典“自然人”一章中专设“自然人人格保护”一节，从“保护”之角度出发而非从“设权”之角度出发，对一般人格权与各具体人格权作出规定。

但是，另有观点认为，我国民法典制定中的人的伦理价值保护制度的构建问题，绝不是简单的“应该规定在哪里”的问题。如何在法律上看待人的伦理价值与人的关系，才是这个问题的核心。对此的不同认识，直接决定着民法的制度选择。而这个认识既根源于历史的传统，也受制于社会的发展。在我国民法典的制定中，基于现代社会生活中人格价值的扩张以及支配之需要，也基于我国人文主义传统之欠缺，以伦理价值内在化为理论基础的近代民法的人格保护体例并不可取。将人的伦理价值外在化，视其为权利的客体，建立独立、统一的人格权概念及其制度，应是我国民法典唯一的选择。[\[42\]](#)

关于民法典编制的体制，有学者提出另外一种理想主义思路：我国民法典应主要以荷兰民法典为龟鉴，设编时原则上应以“总则一分则”作为构造模式，以满足逻辑体系的要求，但同时应维护民法内在体系的意义脉络。以“提取公因式”的逻辑构造方法作为体系化的基本工具，对民法具体制度进行层层提炼，抽去传统总则中的法律行为、权利客体和诉讼时效等内容，在财产法中单独设总则予以规定，余留下来的内容设“小总则”规定；同时，应有所创拓，在首尾之间依次设人法、亲属法、继承法，以实现由主体到客体不留痕迹的链式过渡。申言之，就是建构一个小总则—人法—亲属法—继承法—财产法的有别于德国民法典的五编制体系。^[43]

有学者认为，能否制定一部代表21世纪潮流和发展趋势的中国民法典，依赖于我们对未来中国民法典品性的定位。现代民法不仅是调整市场经济的基本法，更主要是通过对市场经济的调整来促进社会的进步、推动人的发展的法律，是一部维护人权、解放人性的法律，是建设民主政治与法治国家的法制基础。认为人法在前、物法在后，及人法内容多于物法才是体现了人文主义精神的民法典^[44]，是对民法品性的极大误解，民法中的财产法本身就是人法。正如获取财富并不是人们的目的，而是满足人们追求幸福这一人性要求的手段一样，民法对商品经济的调整也只是手段而不是目的。其目的是通过对商品经济关系的调整，使人的才能得以充分发挥，使人们在自由与必然的统一中实现自我、发现自我、确认自我。民法典应该在促进社会进步和人的发展、建设法治国家这样的高度上进行构建。^[45]

有学者认为，围绕我国民法典形式体系设计发生的激烈论争，主要针对“民法典是否需要设置总则”这一重大的问题。所谓“现实主义”与“理想主义”之争，甚至“人文主义”与“物文主义”之争，实际上可称为“总则派”与“反总则派”之争。德国民法典总则的形成是一种逻辑思维方法及立法技术运用的必然结果，其本身并不包含

任何价值判断。身份权的独立所导致的“人法”的分裂，物权与债权的区分所导致的“物法”的分裂，以及法律关系一般理论的创制对法典体系结构的影响，是该法典设置总则的技术原因。理论界对潘德克顿体系“重物轻人”的批评，混淆了罗马法与近代民法中“人法”及“身份”的不同概念。鉴于民法典总则的体制价值和制度整合功能，中国民法典应当设置总则编。^[46]

民法典编纂不能走法律汇编之路，很快成为民法学界的共识。但是，中国民法的法典化也面临一种挑战，即“去法典化”或“解法典化”的观念及立法现实对“法典化”的冲击^[47]。这向我国民法典编纂提出的核心问题是，如何处理民法典与一些民事单行法、特别法之间的关系。有学者认为，民法体系化应统筹安排民法典和单行法各自应规定的内容。一般来说，民法典是对各种民事活动的基本的、普遍适用的规则所作的规定，民法典规定市民社会生活中的基本规则，它在整个国家民事立法体系中属于最普通、最基础的民事立法。那些技术性很强的，仅仅适用于个别的、局部性民事关系的规则不应当由民法典规定，而应当由单行法来解决。^[48]几年后，有学者对各国民法典与特别民法的处理关系作出分析之后，对我国民法典如何处理与特别法的关系提出比较合理的建议。^[49]

第四次民法典编纂于2004年宣告失败后，全国人大常委会法工委迅疾恢复物权法草案的修改与审议。2005年6月26日，十届全国人大常委会第十六次会议第三次审议物权法草案，并向社会公开征求意见。北京大学法理学教授巩献田于2005年8月12日发表的《一部违背宪法和背离社会主义基本原则的物权法草案》的公开信，虽然延缓、拉长了物权法草案的审议过程，但十届全国人大五次会议于2007年3月16日高票表决通过了物权法。