

· 民法文化 ·

本辑特稿

## 批判与思考:法律史研究对民法典编纂的意义

邓建鹏\*

法律史学界和民法学界的对话很少,相互知晓亦非常有限,但是两个学科的交流将有助于促进彼此间的理解,尤其是在当今国家正在推动民法典编纂的时刻,从法律史的视角思考当今的民法典编纂是非常有价值的。

从清末修订法律以来,中国的民事法律制度基本上沿用西方的,因而这些民法的原则和具体条文与中国国情有很大差异。另外,新中国成立初期的时候,由于政治上的需要和影响,导致一些民事法律制度自身并不能很好地基于社会的变化作出调整。民事法律的这些特殊性至今仍然存在。

现今民事法律的立法者对法律史不是很了解,或者说目前法律史学者尚未在相关领域作出杰出的贡献,以提供给民法学家来参考,使得我们现今的民事法律制度在一些重要领域未能作应有的调整,更好地适应中国社会。例如,今天我们看一些民法学的著作,它会说德国是什么样的,法国是什么样的,但中国现在、过去几十年甚至几百年是什么样的、怎么做的,以及中国民事法律制度调整的对象即中国社会是什么样的,这些著作很少提到。同理,民法条文、原则和现实中国国情之间的隔阂也较大。

我举两个相关的例子。第一,我们民法中的继承法来源于西方,与中国的传统做法有很大的差异。中国在家产分割方面,过去主要流行的是分家析产的传统,在家中的儿子成家后,通常要分割家庭的财产,分立户口。西方的继承是被继承人死亡之后启动家庭财产的分割。中国虽然历史上也偶尔出现过依据遗嘱继承财产的实例,但惯有做法并不是这样的。传统的中国家庭的常见做法是,儿子成家以后可以分割家产,儿子分割家庭财产的同时还要承担赡养老人的义务;女儿出嫁后,没有分割娘家财产的权利(除非没有兄弟),亦不必承担赡养父母的义务。上述做法在中国普遍存在。但中国现行继承法规定子女有平等的继承权,这使得民法相关的法律条文与现行中国实践,尤其是广大农村的做法和惯例有很大背离。

第二,土地问题。在中国,对很多人而言,尤其是农民来说最主要的资产就是土地,但是由于受现在的法律,包括《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)等的限定,中国大量的土地没有办法成为金融资产。例如,农民不可以通过抵押其承包的土地、宅基地、住房,从而获得融资的渠道,也不可能自

---

\*中央民族大学法学院教授,法学博士。

由买卖宅基地、农村住房。因此,这种资产基本上是“死了”的资产。虽然国务院在2015年5月在全国130多个地方进行了农村土地试点,但目前也不过试点而已,将来有什么效果,我们还不好说。在这些法律的束缚下,意味着对于农民来说数量非常庞大的财产被冰冻在那里无法盘活。虽然中国现在有《物权法》,但《物权法》对于现在的土地,尤其是农村的土地并没有作出很好的回应,相反还进一步限制了农村土地成为金融资产、成为“活”的资产。也就是说,中国这么重要的民事单行法律,却在对占比这么大的财产作有意义的规范方面基本无能为力。

有位著名的民法学家当年提出只有制定《物权法》,中国的私有财产才能得到保护。包括现在一些民法学家提出要制定民法典,人们的人身权利和财产权利才能得到保障。我想在这些民法学家的理念和追求背后,或多或少存在一种类似于战国时期法家那种“立法万能主义”思想,认为法律是万能的,李斯主持秦朝的法律制定,当时“万事皆有法式”。好像只要制定了法律,未来一切问题都将迎刃而解。我们从法律史的经验角度反思这种观念,将发现此见解有些“一厢情愿”。

为什么出现上述这些困惑和问题呢?个人认为,第一,近代自鸦片战争以来中国被列强打败后,用法律救国至少是当时一些著名法律学者追求的目标。诸如清末法律修订大臣沈家本提出要研究最先进的法理,“务期中外通行”。这种心态表达了他们法律救国的伟大梦想。当时的法律家急于求成,急于同世界接轨,但忘记了自己的初心,忘却了自己的国家是什么样。这种状况对现今的民法学家以及民法典编纂仍有很深的潜在影响——迫切地要与世界接轨,要让中国民法典屹立于世界民法典之林。然而,世界上最先进的法理,并不一定是最适合中国的法理。几年前有人说现在世界上最先进的民法典在哪里呢?在埃塞俄比亚,如果对比一下该国现实,拥有一部最先进的民法典又有什么意义呢?埃塞俄比亚请来法国、德国先进的民法学家帮他们立了一个号称在当时最先进的民法典,但在公民人身权利、财产权利没有得到保障的国家,所谓最先进的民法典实际上没有任何的意义。所以我觉得民法典的先进并不意味着这个东西是最有价值的。因此,对中国而言,最重要的也许不在于这个民法典在世界上多么先进,而在于这部民法典是否最切合中国的国情,是否对应中国的现实,是否推动中国社会的进步,例如,在有效解决农民土地问题上作出自己应有的贡献。

第二,与上述问题密切相关,不少民法学家对中国的现实了解非常有限。在一百多年前,当时的中国政府曾经作过有关民事习惯的广泛调研,以便为当时的民事立法做准备。当然,遗憾的是,这些调研成果并未被很好地吸收到当时的民事立法中去,所以自晚清到民国时期的民法典,曾被人批评为抄袭国外立法。但是近二三十年以来,我们的民法学家连这种民事习惯调研的想法和尝试都基本没有了。甚至有的民法学家说中国没有什么民事习惯,他能够想到的中国民事习惯不过是中国人结婚的时候要闹洞房。我非常佩服这位民法学家研究了很多国家的民法典,但是如果这位民法学家对本国的民事法律尤其是民事习惯没有多少真切的了解,如果制定的民法不能很好地适用于自己祖国的社会,就算把各国民法研究个透,又有什么意义?这样的研究,顶多适合作教室或学者个人书斋里面自娱自乐的珍藏品而已。如果连民法学的研究都不能接地气、

不能面向中国现实,而不过是高深莫测的纯理论推演,我认为这将会是民法学堕落的标志。

在2005年前后,我跟我的老师田涛教授一起,先占有有一些法律史文献,包括好几麻袋明清以来的民间契约等文献,到契约所对应的地方(安徽)调研当地的民事习惯。如过继、收养、买卖、租赁和借贷等民事行为,研究这些民事习惯和相应的地方性民事规范从一百年多前到现在的流变,调查这些民事规则或习惯在当地的有效性,以及它们和现行民事法律存在的差异和冲突。这种贯穿古今的研究,不仅对法律史而且对民法学研究都很有意义。但这样的研究民法学家基本上没有怎么做过,在法律史研究里面也并非主流。然而我一直深信,这样打通过去和现在的对应性研究,是非常有价值的。

第三,现在民事法律制度的制定,尤其是涉及土地方面的民事法律,其实深受几十年前政治意识形态的影响。在此,法律史学者的研究曾经存在很多不足,使时人对我国法律史的认识存在巨大偏见,这导致其结论可能是完全错误的,进而潜在地影响民事立法甚至将来的民法典编纂。我举一个例子,例如,在过去二十多年出版的几乎所有《中国法制史》教科书一般都会说:自从诸如商鞅变法(或者类似历史事件,如公元前594年鲁国初税亩)之后,中国进入了私有制社会,皇帝是地主阶级的总代表。这样的结论正确吗?

若我们回忆一下新中国成立初期的争论,将发现这是很成问题的。当时著名历史学家侯外庐提到中国古代封建是以皇族贵族土地垄断为主要内容,土地私有权的法律关系是没有的。国外一个很著名的历史学家谷川道雄也说中国古代没有土地私有权的法律观念,私有制也是不存在的。“普天之下,莫非王土”的理念在古代是一直受到皇帝支持的。在这种理念之下,各朝法律怎么可能确立土地私有制的法律关系呢?但是,受制于新中国成立初期关于中国古代是“万恶”的私有制这一政治意识形态影响,后来几乎所有《中国法制史》教材和各种《中国民法史》的著作,对民事法律尤其是土地制度的叙述,都沿用了新中国成立初期政治叙事要求下的结论,即中国古代是土地私有制。这样的观点和研究缺乏独立见解,是研究者缺乏思考状态下的产物。贺卫方教授曾说中国的法律史学者用了移山之力编写了各种《中国民法史》,但是根本不入民法学家的法眼,就算民法学家偶尔引用,也只是一种点缀。这种批评可能法律史学家很难接受,心里会觉得很不舒服。但是我们一定要认真思考一下,这是不是有一定的道理?如果法律史学者做的民法史的研究因为过分受政治意识形态的支配,法律史研究跟当时历史真实有很大的距离,在这种状况之下完成的研究成果,民法学家有必要去看吗,这样的研究有什么价值吗?

当时政治叙事的要求及背后的原因是什么呢?新中国成立初期,国家要解决的重要问题之一就是土改,因为最后土改的目标是要搞公有制,为此在逻辑上就得说公有制很好,为了衬托公有制存在优点,相应的,就得突出私有制的坏处,中国古代“万恶的私有制”这样的叙事就出笼了。作为配合,当时的历史学者以及法律史学者必须在理论上论证中国古代是私有制社会,至于这是否是历史真实并不重要。在史学家和法律史学家的研究中,诸如土地兼并、巧取豪夺等各种各样的坏事都跟“万恶的私有制”挂上

了关系。真实状况是,恰恰中国历史上没有私人土地所有制,没有相应的法律制度赋予私人土地所有权,司法上没有对权力机构或权贵兼并私人土地进行有效惩治,才一次次发生极其猖獗的土地兼并、巧取豪夺等各种现象。自新中国成立以来,在史学家的叙述中,私有制带来无穷恶果,因此,新中国全面实现公有制就有天然的正当性。

现在,如果我们再去看一些当代历史学家做的独立研究,就可以确定中国古代是不存在土地私有权这样的形态。在土地方面,《诗经》传播的“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”的理念,在中国古代皇帝的意识中是从未被颠覆过的。在这种理念之下,要通过法律来确定个人对土地享有私人所有权,这样的事情在当时是绝对不可能出现的。一直到现在,中国人对土地不享有私人所有权这一点上,深受历史的影响甚至支配。但遗憾的是,许多法律史学者很少能正确点出这个事实,多数民法学家更是未能明了这个事实。因此,我们的《物权法》一直在固守以往的理念,却无助于中国特别是农民资产状况的改善。而这种状况,或将延续至未来编纂的民法典中去。

现在如果要编纂一部对中国公民,尤其对“草根”的权利真正有意义的民法典,让民法典成为天下之公器,我的建议和思考如下:

第一,法律史研究要超越政治意识形态、信仰和不切实际的理念,研究接近真实的民事法史。一旦存在前述情况的干扰,我们的民事法史研究可能会偏离历史的真实,严重误导民法学家对历史以及现实的理解,最后将在立法以及后续的司法中出现严重的偏差。例如,《物权法》未能对中国农村土地权利作出更有意义的改进性规范,缺乏前瞻性,使得几年之后国务院经全国人大授权,颁令在一些地区推行农村土地抵押融资的试点,实质上否定了《物权法》相关条款。

第二,民法典的编纂应具有切实的中国情怀,没有必要刻意追求所谓世界上第一部最先进的法典。所谓世界最先进的民法典未必是最适合本国现实的民法典,一部最合适的民法典对一国国民而言更有意义。

第三,所谓最合适的民法典必须回应中国现实问题,因此要求民法学家对中国现实有深刻理解。如前所述,一些民法学学者在研究的时候,一旦说起德国怎么做的,法国怎么做的,日本怎么做的,那真是头头是道。但是一旦请教他们中国相应的现实和规范是什么,为什么会这样,相关规则在中国传统中是如何演变或者影响现今的?他们也许只能保持沉默。大家都非常熟悉美国法律家霍姆斯的一句名言:法律的生命不在于逻辑,而在于经验。如果民法学家外国逻辑知道得太多,中国经验了解得太少,甚至根本不了解中国经验,依赖这样的民法学家编纂“中国民法典”,结果可能令人大惊失色。对经验的理解途径之一恰恰在于对过去的把握。这一方面需要民法学者跟法律史学者,特别是从事民事法史的学者合作,促进相互的理解、交流和学习。民法典编纂前,立法者有必要对中国的国情,尤其是民事习惯作广泛的调研。但各个地方的风俗不一样,不一样的风俗习惯汇聚到一起以后,如何从个别性的习惯抽象成一般性的习惯,最后成为民法典的一些条文和原则,这对于民法学家而言是一个很重要的挑战,也是考验他们民法学术研究智慧很重要的一个标准。

[责任编辑:冯学伟]