



统一民法典之探索:欧盟与中国之比较

〔德〕文德浩*

翟寅生 译**

摘 要 欧盟的民法法典化运动发端于学术界的各种研究,欧盟委员会则通过各种指令、授权来推动此进程;中国的民法法典化可以追溯到清末,直至最近的《侵权责任法》生效。欧盟与中国在组织结构、立法效力上存在着根本性的差异,然而其在立法主题与时间表、学者发挥的领导地位、各种法系学说的争鸣、比较法的地位,以及法律重述与立法路径等方面都存在惊人的一致。中国具有单一国家的优势,而且国内质疑法典化的力量较弱,也更易于接受立法变革,加之其特有的“律”、“例”立法技术更为实用,最高法院拥有较大权力,这种种优势都奠定了中国民法法典化的基础。

关键词 民法典 欧盟 中国

今天我们所处的是一个私法“去法典化”的时代,还是私法“法典化”且“再法典化”的时代,对此依然众论纷纷。而且很可能并不存在唯一的答案。相反,我们可以在不同层面、不同法域的不同私法中,发现不同的趋势。至少在欧洲共同体和中国层面,最近的发展表明,统一民法典的构想正在获得愈来愈多的支持。这使得二者的比较更有意义。

一、背 景

(一) 欧洲私法

就欧洲而言,缔造统一欧洲私法规则之设想首先发端于学术界。

1. 学术层面

早在 20 世纪 80 年代和 90 年代,兰道委员会(Lando Commission)便起草了“欧洲合同法

* 〔德〕文德浩(Prof. Dr. Christiane C. Wendehorst),现任奥地利维也纳大学法学院教授,曾任德国哥廷根大学法学院教授、南京大学—哥廷根大学中德法学研究所德方所长。

** 翟寅生,清华大学法学院民商法学硕士研究生。译文曾经韩世远教授审阅。



原则”(PECL)^[1],为今天的欧洲合同法奠定了主要的基础。这一套原则不仅旨在尽可能准确的重述各成员国(包括英国与爱尔兰)合同法的共同本质,而且在于形成一个为更多成员国所接受的法律文本。克里斯蒂安·冯·巴尔(Christian von Bar)主持的“欧洲民法典研究小组”(Study Group on a European Civil Code)^[2]已经承担起以上工作^[3],并正在准备出版“欧洲法原则”(PEL),修订“欧洲合同法原则”,而且他们已经迈得更远:正如其项目名称所显示的,他们的目标在于为欧洲“民法典”,同时也可能为欧洲商法典起草一份蓝图,虽然这个目标在近几年经常遭到否定^[4]。另外,还有其他许多竞争性研究项目正在开展,呈现方法论和日程表上的多样性。^[5]例如在合同法领域,欧洲私法律师协会(Academy of European Private Lawyers)于2001年即提出了一份《欧洲合同法典》第一草案。^[6]法国最近的一个倡议,由“法国法律文化之友、昂利·伽比当协会”(Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française)与“比较法协会”(Société de législation comparée)合作完成,他们于2007年向欧盟委员会提交了合同法的共同原则^[7]以及合同法的共同术语体系。^[8]“欧洲保险合同法重述”项目小组(Restatement of European Insurance Contract Law)则起草并发表了“欧洲保险法原则”(PEICL)。^[9]而“共同

[1] See Ole Lando/Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (2000); Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III (2003).

[2] See www.sgecc.net.

[3] 目前已经出版了以下几卷: Christian von Bar, *Benevolent Intervention in Another's Affairs* (2006); Martijn Hesselink et al., *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (2006); Maurits Barendrecht et al., *Service Contracts* (2006); Ulrich Drobnig, *Personal Security* (2007); Ewoud Hondius et al., *Sales Contracts* (2008); Christian von Bar, *Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (2009); Stephen Swann/Christian von Bar, *Unjust enrichment* (2010)。未来的几卷将涉及不当得利、对第三人损害的非合同责任、动产担保权、借款合同、动产的附合与所有权的丧失、消费者的概念、电子商务、捐赠、委托合同以及信托,都在筹备中。

[4] See Brigitta Lurger, *The Coherence of European Contract Law and the Common Frame of Reference Project*, in: 4th *European Jurists Forum* (2008), pp. 175 ~ 184; Mary-Rose McGuire, *Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)* 2006, S. 163 ~ 174; Hans Schulte-Nölke, *Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht - Fakten und populäre Irrtümer*, *NJW* 2009, S. 2161 ~ 2167; *idem*, *Ziele und Arbeitsweisen von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR*, in: Martin Schmidt-Kessel (ed.), *Der gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung* (2009), S. 9 ~ 22.

[5] See Wolfgang Wurmnest, *Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis - Grundsätze - Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2003, S. 714 ~ 744.

[6] See Académie des privatistes européens, *Code européen de contrats: avant-projet, Livre Premier* (2004); Académie des privatistes européens, *Code européen de contrats, Livre Deuxième* (2007); an English translation of the Code Européen des Contrats is available at <http://www.accademiagiuristieuropei.it>.

[7] See Association Henri Capitant/Société de législation comparée, *Principes contractuels communs, Droit privé comparé et européen vol. 7* (2008); an English translation can be found in Association Henri Capitant/Société de législation comparée, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference* (2008).

[8] See Association Henri Capitant/Société de législation comparée, *Terminologie contractuelle commune, Droit privé comparé et européen vol. 6* (2008); an English translation can be found in Association Henri Capitant/Société de législation comparée, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference* (2008).

[9] See Jürgen Basedow et al., *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)* (2009). The Principles are also accessible online in various language versions at <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/draft> (accessed 29 June 2010)。关于该项目小组的作品,参见: Helmut Heiss, *The Common Frame of Reference (CFR) of European Insurance Contract Law*, in: Reiner Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law* (2008), pp. 229 ~ 248。

内核”项目（Common Core Project）采取了不同的进路，他们旨在评述欧洲私法，以发现不同国家法之间的共同基础；自2000年以来，他们已经发表了对不同地区私法的述评。^[10]在侵权法领域，“欧洲侵权法研究小组”于2005年起草了“欧洲侵权法原则”（Principles of European Tort Law）^[11]，且正在对这个原则进行修正。另外还有一个非常特殊的研究项目，即由吉安马里阿·阿雅尼（Gianmaria Ajani）和汉斯·舒尔特-内尔克（Hans Schulte - Nölke）主持的“阿基小组”（Acquis Group）^[12]，他们承担起了从大量迥异的条文中起草共同欧洲法原则的重任，他们努力的成果已出版为“阿基原则”（Acquis Principles, ACQP）^[13]

2. 政治层面

欧洲法原则（PEL）与阿基原则（ACQP）都构成了“共同参考框架草案”（DCFR）的基础，该草案是目前起草的最广泛的一套欧洲私法原则、模范规则和定义。该草案的中间大纲版出版于2008年初，而另一大纲版已于一年后出版，^[14]其完全版既包括评注也包括比较性注释，出版于2009年末。^[15]它涵盖了合同法的大部分，包括各种合同，另外它还涉及合同外责任、财产法的大部分内容。这样的“共同参考框架草案”不仅仅是一个学术项目，而必须放在欧盟层面

[10] See <http://www.common-core.org/>. 目前“欧洲私法共同内核”系列丛书已经出版了以下几卷：Reinhard Zimmermann/Simon Whittaker (eds.), *Good Faith in European Contract Law* (2000); James Gordley (ed.), *The Enforceability of Promises in European contract Law* (2001); Mauro Bussani/Vernon V. Palmer (eds.), *Pure Economic Loss in Europe* (2003); Franz Werro/Vernon V. Palmer (eds.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law* (2004); Eva - Maria Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law* (2004); Ruth Sefton - Green (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (2005); Michele Graziadei/Ugo Mattei/Lionel Smith (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law* (2005); Barbara Pozzo (ed.), *Property and Environment* (2007); Thomas Möllers/Andreas Heinemann (eds.), *The Enforcement of Competition Law in Europe* (2008); Monika Hinteregger (eds.), *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law* (2008); John Cartwright/Martijn Hesselink (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law* (2009)。编者补注：该丛书已有部分中译本，包括：〔德〕莱因哈德·齐默曼、〔英〕西蒙·惠特克主编：《欧洲合同法中的诚信原则》，丁广宇、杨才然、叶桂峰译，法律出版社2005年版；〔意〕毛罗·布萨尼、〔美〕弗农·瓦伦丁·帕尔默主编：《欧洲法中的纯粹经济损失》，张小义、钟洪明译，法律出版社2005年版。

[11] See European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary* (2005)。编者补注：该书已有中译本，参见欧洲侵权法小组：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版。

[12] See <http://www.acquis-group.org>; Hans Schulte - Nölke/Christian Vogel, Europäische Forschergruppe zur Systematisierung des geltenden Gemeinschaftsprivatrechts (Acquis - Gruppe) gegründet, *Europarecht (EuR)* 2002, S. 750 ~ 753.

[13] “现行欧洲私法研究小组”（Acquis Group），合同 I. 先合同之债，合同缔结，不公平条款（2007）；合同 II 一般条款，货物交付，包装运输和付款服务（2009）。关于阿基小组的成果，参见 Fryderyk Zoll, Die Grundregeln der Acquis - Gruppe im Spannungsverhältnis zwischen *acquis commun* und *acquis communautaire*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GRP)* 2008, S. 106 ~ 117; Reiner Schulze, Die “Acquis Grundregeln” und der Gemeinsame Referenzrahmen, *ZEuP* 2007, S. 731 ~ 734; critically Nils Jansen/Reinhard Zimmermann, Restating the *Acquis Communautaire*? A Critical Examination of the “Principles of the Existing EC Contract Law”, *Modern Law Review* 71 (2008), pp. 505 ~ 534.

[14] See Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition* (2008); *Outline Edition* (2009); also available online at www.law-net.eu. On the DCFR see also for example Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, Was und wozu der DCFR?, *NJW* 2009, pp. 3401 ~ 3406; *idem*, A European Civil Code in All but Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference, *Cambridge Law Journal* 2010, pp. 98 ~ 112.

[15] See Christian von Bar, Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), Full Edition* (2009).



首倡的背景下看待,其带来了欧盟委员会于2003年发布的“追求更一致的合同法行动计划”^[16]。此项行动计划促成了一个卓越的研究网络,包括“欧洲民法典研究小组”,“阿基小组”以及其他一系列机构,他们被授权确定欧洲合同法以及其他领域的概念、原则和模范法。“欧洲民法典研究小组”尤其是看到了着重强调的“其他领域”二词,并已起草了成熟全面的民法典草案“共同参考框架草案”,其中甚至包括商法的内容。

2010年4月26日,欧盟委员会又成立了一个关于欧洲合同法领域共同参考框架的专家组。^[17]它将法学家,每日应用合同法的人群,如律师和公证员,以及消费者、商业代表等整合起来。这个专家组将以“共同参考框架草案”和其他竞争性的草案作为起点,并准备用简单的语言起草一份易于使用的文本。他们的草案将根据合同的生命周期来展开——从先合同义务、合同的成立到违约损害赔偿、终止合同的后果。^[18]其第一份成果将于2011年5月出炉。同时,欧盟委员会也发表了“关于欧洲消费者和商事合同法进程政策选择的绿皮书”。^[19]根据该绿皮书,欧盟委员会还发起了另一场关于前进道路的讨论,提出了各种可能的选择,从不具有约束力的“工具箱”到完整的、具有约束力的《欧洲民法典》。

(二) 中国的民法法典化

中国民法典运动起源于清朝末年,主要由于当时西方国家在对中国的鸦片战争中取得了胜利并施以愈来愈大的压力。在决定采欧陆的法典化体系而不是英美的判例法之后,^[20]专家们便于1906年左右开始着手起草一部法典。这个项目的启动很大程度上受到德国民法典与日本民法典的影响,^[21]而其本身也带有德国背景。^[22]该法典草案并未真正实施,但是它为另一部民法典提供了基础,即中华民国1925年完成的民法典。然而这后一部民法典也没有得到实施。中国历史上第一部实施的民法典实际上是第三部民法典,即1929年到1931年由国民党完成的民法典。^[23]这部“中华民国民法典”极大地参引了德国法体系,并且也参考了日本法、瑞士法、苏联法以及暹罗民法(Siamese civil code)。^[24]但是这部民法也未实施太长。1949年新中国政府成立,此

[16] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A More Coherent European Contract Law - An Action Plan*, 12 February 2003, COM(2003) 68 final.

[17] See Commission Decision 2010/233/EU, *Official Journal of the European Union* 2010, L 105/109.

[18] See <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/595&format=HTML>.

[19] http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0052/consultation_questionnaire_en.pdf.

[20] See Ignazio Dandolo, *Genesis, Evolution and Prospective of the Civil Law in China*, *International Journal for Asian Studies* (IJAS) 2000, pp. 133 ~ 147; Liang Huixing (梁慧星), *Die Rezeption ausländischen Zivilrechts in China* (中国对外国民法的继受), *Zeitschrift für Chinesisches Recht* (ZChinR, 中国法杂志) 2003, S. 68 ~ 76, Percy R. Luney, *Traditions and Foreign Influences: Systems of Law in China and Japan*, *Law and Contemporary Problems* (LCP) 52/2 (1989), pp. 129 ~ 150 and Zhang Mo (张默), *Chinese Contract Law - Theory and Practise* (中国合同法:理论与实践) (2006), pp. 28 ~ 31.

[21] See F. T. Cheng, *Law Codification in China*, *Journal of Comparative Legislation and International Law* (JCLIL) Third Series, 6/4 (1924), pp. 283 ~ 292; Shao Jiandong (邵建东), *Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China* (旧中国对德国民法的继受), *JZ* 1999, pp. 80 ~ 86; Liang (梁慧星), *Die Rezeption ausländischen Rechts* (中国对外国民法的继受), *ZChinR* 2003, S. 69 and Luney, *Tradition and Foreign Influences*, *LCP* 52/2 (1989), p. 131.

[22] See e. g. Zentarô Kitagawa (北川善太郎), *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan* (日本对欧洲民法的继受与续造) (1970).

[23] See e. g. Oskar Weggel, *Chinesische Rechtsgeschichte* (1980), S. 245 and Liang (梁慧星), *Die Rezeption ausländischen Rechts* (中国对外国民法的继受), *ZChinR* 2003, S. 69.

[24] See Luney, *Traditions and Foreign Influences*, *LCP* 52/2 (1989), p. 131 and Liang (梁慧星), *Die Rezeption ausländischen Rechts* (中国对外国民法的继受), *ZChinR* 2003, S. 69.

后便在大陆废止了国民党时期的法统，其中也包括私法。^[25] 然而，新中国关于起草一部广泛的社会主义民法典的计划也一直未能实现。直到1978年之后，中国发生了翻天覆地的变化，中国民法典的进程才在邓小平的主持下于1979年11月重新启动。第一稿草案包括501个条文，^[26] 但是为了满足经贸发展的急迫需求，中国先制定了一些单行法，其中有1981年的《经济合同法》，1985年的《涉外经济合同法》，以及1987年的《技术合同法》。^[27] 1986年4月，包含着156个条文的《民法通则》作为一部民法典的雏形诞生了。^[28] 但是民法通则仅仅是一个起点。

1999年，中国制定了统一的《合同法》，^[29] 取代了之前的三个单行合同法。之前三部独立的合同法导致了法律适用中的一系列难题，而自统一《合同法》颁布之后，法律体系的统一性得到了保证。中国立法者第一次邀请西方的学者和律师对不同的草案给予评价，并派出代表团前往普通法以及大陆法国家以“直接参考外国立法”。^[30]

2007年中国的《物权法》^[31] 在经历了数年的激烈论战后也终于出台。第一次制定《物权法》的尝试可以追溯至20世纪80年代，那时中国正在起草民法典草案，而“物权法”是为了整合进一部统一民法典中去的。1986年《民法通则》生效后，直到1993年《物权法》的制定才又被提上日程。在历经14年的立法程序和全国人大常委会五次审议之后，《物权法》最终生效了。其中特别有争议的一个问题是对私有财产的保护，而这一点已于2004年写进了宪法，^[32] 现在通过物权法加以更具体的规范和实施。^[33]

统一《中国民法典》的最近进展是新《侵权责任法》的颁布，该法已于2010年7月1日生效。该法也是漫长立法进程的结果，且极大地受到了学者建议的影响。《侵权法》是2002年民法典草案的第8编，后来又做了大幅修改。2008年提出了第二稿草案，现在仅仅涉及侵权法。^[34] 八年之后，经

[25] 这部民法仍然适用于中国台湾地区(see e. g. Weggel, *Rechtsgeschichte*, S. 249 ~ 250)。

[26] See Henry R. Zheng, *China's New Civil Law*, *The American Journal of Comparative Law* (AGCL) 34/4 (1986), S. 669 ~ 704 and Zhang (张默), *Contract Law* (中国合同法: 理论与实践), p. 9.

[27] See Zhang (张默), *Contract Law* (中国合同法: 理论与实践), pp. 7 ~ 8 and Zhao Yuhong, *Law of Contract*, in: Wang Guiguo and John MO, *Chinese Law* (1999).

[28] 第六届全国人民代表大会第四次会议于1986年4月12日通过，英文译本参见：<http://en.chinacourt.org/public/detail.php?id=2696>，登陆时间：2010年7月19日。德文译本参见：<http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/zivilrecht.htm>，登陆时间：2010年7月19日。

[29] 九届人大第二次会议于1999年3月15日通过。英文译本参见：http://www.novexc.com/contract_law_99.html，登陆时间：2010年7月19日。德文译本参见：<http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/vertrag.htm>，登陆时间：2010年7月19日。

[30] Zhang (张默), *Contract Law* (中国合同法: 理论与实践), p. 11。

[31] 十届人大第五次会议于2007年3月16日通过，中文文本以及英文译本参见<http://www.lawinfochina.com>。德文翻译参见：<http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm>，登陆时间：2010年7月9日 and also published in ZChinR 2007, pp. 78 ~ 117。

[32] 中国《宪法》第13条规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

[33] See Gebhard M. Rehm/Hinrich Julius, *The New Chinese Property Rights Law: An Evaluation from a Continental European Perspective*, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1132343> (accessed 9 July 2010), pp. 8 ~ 9; Christiane C. Wendehorst (文德浩), *Warenverkehr mit der VR China - viel Neues durch das neue Sachenrecht?*, *ecolex* 2008, S. 392 and Zhang Mo (张默), *From Public to Private: The Newly Enacted Chinese Property Law and the Protection of Property Rights in China*; available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1084363> (accessed 9 July 2010)。

[34] See e. g. *China Daily* of December 23, 2008, “Damages law tabled for 2nd reading”。



过三次审议,新的《侵权责任法》终于 2009 年 12 月 26 日得到了全国人大常委会的通过。^[35]

除了侵权法,国际私法以及人格权法的制定也可能将于 2010 年和 2011 年启动。^[36] 以上各种立法与《民法通则》一样,都旨在奠定中国民法典的基础,该民法典计划将于 2013 年完成——比制定统一民法典的第一次尝试已经晚了近一个世纪。

二、无论根本性的差异

中国制定民法典的任务在很多方面都根本不同于欧盟统一民典的运动。最明显的一点差异在于,中国不论其领土或人口多大,始终还是一个民族国家,而欧盟则是一个超越民族国家的组织。因此,中国的民法典进程与其他民族国家的法律体系构建,如意大利法、德国法等更具有可比性。

另外一个根本性的差异与前文所述紧密相关,即中国民法典将作为国家法直接约束中国公民。相反,赋予欧洲民法典以拘束力却极富争议。虽然 2010 年的绿皮书确实再次提到该选择[上文“一(一)2”],欧洲民法典在今后数年内是几乎不可能提上政治议程的。

三、出发点在诸多方面是相似的

且不论刚刚提到的诸多根本性差异,我认为,对欧洲层面与中国层面的民法法典化进行比较是一项非常充满希望的事业,而且较之比较中国民法典与其他各个欧洲国家民法典肯定更有意义。作进一步考察后,欧洲与中国的出发点竟然在许多方面存在惊人的一致。

(一) 主题和时间表

仅凭简单的考察,我们就可以发现二者的时间表中存在一个令人惊讶的巧合——一为 2013 年,另一为 2011 或 2012 年,二者目的中也存在这样的巧合。中国民法典和欧洲“共同参考框架草案”研究项目都努力覆盖合同责任与合同外责任,以及物权部分。例如,中国未来的民法典将会包括现行的《合同法》与《物权法》,以及新生效的《侵权责任法》。

两个法典化的项目都考虑了包括家庭法和继承法,并都强烈倾向于保持以上部门法的独立。如果现行的《婚姻法》^[37] 和《继承法》^[38] 被整合进未来的中国民法典中去,那么他们可能不会受到任何修改。

就欧洲的几个项目,如“欧洲合同法典”来说,它们在民法典范围与时间表上的研究安排可能略有不同,但大部分仍然是重合的。

(二) 学者的领导地位

中国的立法向来是非常政治化的事务,并表现了法的工具主义倾向。然而在中国民法的核心领域,我们却获得了一个截然不同的印象。近来,中国学者屡屡通过表达自己学术观点来对立法进程施加影响,其程度之深令人惊讶。全国人大法工委的组成成员并非都是大学教授,但

[35] 第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议于 2009 年 12 月 26 日通过。Twelfth Session of the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress on December 26, 2009.

[36] See e.g. China Daily of October 30, 2008, "Country's Civil Code taking shape".

[37] 第五届全国人大第三次会议于 1980 年 9 月 10 日通过,于 2001 年 4 月 28 日修订。参见: <http://www.helpline.law.com/law/china/marriage/mlaw.php>, 登陆时间: 2010 年 7 月 9 日。

[38] 第六届全国人大第三次会议于 1985 年 4 月 10 日通过,参见 http://www.novexc.cn.com/law_of_succession_1994.html, 登陆时间: 2010 年 7 月 9 日。

是他们的工作方式却非常的学术化，他们从世界各国寻求建议。中国社会科学院^[39]以及其他一些较有影响力的大学，如中国人民大学^[40]和中国政法大学^[41]也提出了自己的草案。

1999年制定统一合同法时，西方学者和机构第一次参与了中国的立法^[42]，自此以后，学术界的建议越来越重要。对全国人大未来工作影响最大的两部学界草案，分别由中国社会科学院法学所的梁慧星教授于1999年主持完成，及中国人民大学法学院的王利明教授于2000年主持完成。^[43]基于这些草案，人大常委会法工委于2002年12月提出了“中华人民共和国民法”（草案）。^[44]《物权法》第一稿草案^[45]即是建立在两份专家稿基础上的，^[46]而新《侵权责任法》的草案亦复如此。

这与欧洲的情形十分类似。当然，欧盟二级立法在很大程度上是一个政治事项，虽然学者可以在立法中提出意见，但是很难有最终的决定权。然而，欧洲民法典运动则完全由高校人士主导，即使参与其中的那些少量实务人士，也具备较强的学术背景。然而有迹象显示，对这种由“共同参考框架”委员会设计的“股东大会”，参与双方都视之为一场灾难。

（三）工作小组内的派系

学术界对立法的强烈影响也同样可以通过立法论战中的各个派系反映出来。在欧洲，各派系的分野并不必然与国籍相重合，可能法国学者例外。例如强烈支持德国模式的或许并非德国学者，强烈支持英国模式的也并不一定具有普通法系背景。因此，我们就遇到了一个特殊的情况，有人批评“共同参考框架”过于“德国化”，但是这些条文和模式却是由一名苏格兰学者引入的。导致这种情况的原因是，工作小组所聚集的这群学者或多或少都是比较法学者，他们眼界开阔，并尝试着用不同的法律思维考虑问题。还有一种常见的情形是，学者的立场取决于其政治态度，如自由主义或社群主义，但一般与学者的国籍无关。

中国的情形在某些方面与此十分类似。论战中的各种观点表达都取决于发言人是更为激进抑或更为传统，但首先取决于这位学者是否或在何处拿到的外国大学学位。我在世界各国从未见到像中国学者这样强烈的潘德克顿支持者，我的许多中国同事、好友甚至比我本人还要青睐德国法。而那些在美国或英国学成的人自然倾向于普通法的解决方案；那些由于某些原因更热衷于法国法或意大利法的学者，则试图推销那里的观点。因此，虽然中国是一个民族国家，但我们却在中国的法典化进程中发现了许多伪国家的派系（pseudo-national factions），令人惊奇的

[39] See <http://www.cass.net.cn>, Chinese only.

[40] See <http://english.ruc.edu.cn/en/>.

[41] See <http://www.cupl.edu.cn/en/>.

[42] 参见前文“一（二）中国的民法法典化”。

[43] See e. g. Sun Xianzhong (孙宪忠) (translation by Oliver Simon), Kritische Bemerkungen zu einigen schwierigen Problemen bei der gegenwärtigen Erstellung eines Rechts der deliktischen Handlungen in China (对当前中国侵权行为法立法若干疑难问题的批判性评论), ZChinR 2/2007, S. 140 ~ 163 and Shan Hailing, China, in: Tort Law, International Encyclopaedia of Law (2005), pp. 36 ~ 42.

[44] English Translation by George W. Conk available at: <http://ssrn.com/abstract=892432> (accessed 9 July 2010). See also George W. Conk, A new tort code emerges in China: an introduction to the discussion with a translation of chapter 8, available at: <http://ssrn.com/abstract=1015041> (accessed 9 July 2010).

[45] See e. g. Sun (孙宪忠), Kritische Bemerkungen (对当前中国侵权行为法立法若干疑难问题的批判性评论), pp. 140 ~ 163 and SHAN, China, pp. 36 ~ 42 each with further references.

[46] See e. g. Xiaoyan Baumann, Das neue chinesische Sachenrecht - Seine Entwicklung unter Einfluss des deutschen Rechts(2006), S. 48 ~ 52 and Rehm/Julius, The New Chinese Property Rights Law, p. 4 ~ 5.



类似于欧洲论战中的各种派系和观点。

(四) 比较法的地位

立法过程中有如此多专家具有比较法背景，这也与比较法在拟定草案中的地位相吻合。在欧洲，起草欧洲法的共同原则生来就具有比较法的特性。而中国决定师法西方法制，特别是欧陆法系，可以追溯至20世纪初，甚至更早些。^[47] 因此自那以后，比较法也可以视为中国私法领域立法的基础。

既然采取了比较法路径，那么随之而来的就是一项极其困难的工作，即如何协调大陆法系与英美法系的元素，以及如何弥补二者间的龃龉不合。1999年统一《合同法》虽然基于罗马法，但受到了普通法体系^[48]规则和思想的高度影响，而此次侵权法论战中最有争议的事项便是采取大陆法抑或是普通法的定位。^[49]

无论是在欧洲还是中国，即便一开始就已明确不仿效判例法的模式，但同样清楚的是有些内容可能需要基于普通法思维。在欧盟内，这有其必要，因为英国和爱尔兰同样是成员国，并拥有与法国、德国同样的权利。而在中国，一方面由于特别是美国在经济和文化上的影响力，另一方面则由于许多中国法学家对英美法的青睐。当引入了信托制度后，融合两种法系形式与内容的难度更大了。^[50]

因此，最后的成果与两个法系都很相似，也就不足为奇了。这就进一步导致了另一些问题，特别是这样的趋同是仅仅因为共同的法律渊源如联合国《国际货物销售合同公约》的影响呢，还是立法对不同法律方案的修正与选择。例如，中国统一《合同法》从《国际货物销售合同公约》、联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）的《电子商务模范法》（E-Commerce Model Law）以及《国际商事合同通则》（UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts）中借鉴了大量条款。^[51]

然而，这是一个值得单独深入研究的课题，本文无法进一步讨论。

(五) 法律重述与立法路径

那些起草欧洲私法原则的小组宣称他们将重述路径放在第一位，即描绘欧洲各国民法的共同内核；若因为两种法系不可逾越的差异而无法制定相应的制度，则尽量与各国现行法律保持协调而不做改动。然而，很明显的是，起草者们所作的远不止于此，他们借鉴现行各国立法，从中摘取最合适的规范，以制定一个更好的、更“现代”、但也是全新的民法。^[52]

相反的，中国立法者正雄心勃勃地尝试起草世界上最优秀的、最现代的民法典，以使其既

[47] 参见前注[20]。

[48] Zhang (张默), *Contract Law* (中国合同法: 理论与实践), S. 12 ~ 13.

[49] Sun (孙宪忠), Bemerkungen zu Problemen bei der Erstellung eines Rechts der deliktischen Handlungen (对当前中国侵权行为法立法若干疑难问题的批判性评论), *ZChinR* 2007, S. 140 ~ 163.

[50] See e. g. Vera Bolgár, Why no Trusts in the Civil Law?, *The American Journal of Comparative Law* (AJCL) 2/2 (1953), pp. 204 ~ 219, Tony Honoré, On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions, Oxford Legal Studies Research Paper No. 27 (2008), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1270179> (accessed 9 July 2010) and Raimund Christian Behnes, Der Trust im chinesischen Recht, Dissertation University of Göttingen (2008), forthcoming. On the emergence of a possible “European trust” see e. g. M. J. de Waal, A European Law of Trusts?, in: Antoni Vaquer (ed.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference* (2008), pp. 167 ~ 179; see also Michel Grimaldi/François Barrière, Trust and Fiducie, in: Arthur Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code* (3rd ed., 2004), S. 787 ~ 803.

[51] See Zhang (张默), *Contract Law* (中国合同法: 理论与实践), p. 13.

[52] See Christiane C. Wendehorst (文德浩), The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, in: Martin Schmidt-Kessel (ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung - Inhalte - Anwendung* (2008), S. 323 ~ 364; Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, Was und wozu der DCFR?, *NJW* 2009, S. 3401 ~ 3406; *idem*, A European Civil Code in All but Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference, *Cambridge Law Journal* 2010, pp. 98 ~ 112.

能适用于中国大陆，也能适用于香港和澳门等地区，但有时立法又仿佛仅仅成为了对现行法律的一种重述。因此，最后可能出现两种路径的混合体。

四、中国角色的竞争优势

一个多世纪以来，欧洲和中国在民法领域内的法制发展关系像是一条单行道：西方法制呈现高度发达的景象，它建立在2000多年的法制传统上，并与发展中国家分享着它们的智慧财富。然而，下一个十年将见证一个转折点。即使西方仍然保持其在经验和法学整体水平上的领先地位，但在制定一部现代的和统一的民法上，中国则拥有竞争优势。

（一）单轨制对双轨制

无论中国是否会遇到，欧盟面临的第一个问题即，统一化进程中的双轨制：因为当提到欧洲私法时，首先映入人们脑海的不仅是“共同参考框架”或者类似的研究项目，还有稳定增长的欧盟二级立法，尤其是指令，以及越来越多的规则。通常这种立法都极具政治争议，各路说客和各国代表都试图推行其本国的特别利益和特殊国情。结果导致有时立法质量较低，立法最终的定型和内容取决于政治的偶然性。相应的，欧盟在私法领域的二级立法也很难说是一个促进统一化的工具：欧盟二级立法的自身统一和各成员国立法的统一都得不到保证。

近来人们提起两项倡议以减少法律间的不协调。第一项是上文提到的阿基小组（Acquis Group）的重要成果；另一项是欧盟委员会于2007年迈出的第一步，关于修改消费者法的绿皮书，^[53]其步伐在2008年继续前行，并提议发布消费者权利指令，^[54]这带来了学界^[55]和政界的一些批评。但是无论这些指令的结果和影响如何，“欧盟现行法律”（Acquis Communautaire）将继续对统一的欧洲民法产生潜在的干扰作用。

（二）质疑法典化的力量

中国民法法典化一向具有争议，将中国立法描述为统一而无异议可能并不确实。然而，笔者的印象是，对法典化的质疑在欧洲^[56]比在中国更为强烈。为了说明这一点，非常有必要介绍

[53] COM(2006) 744 final. On 8 October 2008 the Commission has presented a “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights”, COM(2008) 614 final, which only aims at revising four consumer-related directives, i. e. the Directive 85/577/EEC on contracts negotiated away from business premises, Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Directive 97/7/EC on distance contracts and Directive 1999/44/EC on consumer sales and guarantees. On the Green Paper and the development of the consumer acquis see e. g., Meglena Kuneva, *The European Contract Law and Review of the Consumer Acquis*, ZEuP 2007, pp. 955 ~ 957; Marco B. M. Loos, *Review of the European consumer acquis*, GPR 2008, pp. 117 ~ 122; Giorgio Monti, *The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective*, ERCL 2007, pp. 295 ~ 314.

[54] See Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM(2008) 614 final.

[55] See Geraint Howells, Reiner Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (2009); Brigitta Jud, Christiane C. Wendehorst (eds.), *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* (2009).

[56] See Pierre Legrand, *Against a European Civil Code*, *Modern Law Review* 60 (1997), S. 44 ~ 63; *ibid.*, *A Diabolic Idea*, in: Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, pp. 245 ~ 272; Joachim Wuermeling/ Albrecht v. Graevenitz, *Europäisches Privatrecht: Wider den Oktroi der Uniformität*, EuR 2001, S. 631 ~ 642; cf. Also Christoph Schmid, *Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilrechts*, JZ 2001, S. 674 ~ 683. In favour of principles rather than a fully-fledged codification for practical reasons e. g. Ewoud Hondius, *Towards a European Civil Code*, in: Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, pp. 3 ~ 20; in favour of codification of only parts of private law e. g. Jürgen Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, *European Review of Private Law* (ERPL) 2001, pp. 35 ~ 49.



各种“反冯·巴尔”流派，其中以彼埃尔·勒格朗（Pierre Legrand）为首，但是只要考察学术界和实务界的普通法学家对“共同参考框架”和其他类似项目的态度就足够了。在欧洲，现行的各国民法典像圣杯（holy grail）一样，深深植根于文化之中，并且决定着各个群体的身份认同、例如语言。在很长一段时间，“民族精神”（Volksgeist）及相似的理念完全阻绝了法典化的进程。相应的，诸如反对欧洲民法典的声音也是极其巨大的，而中国民法典似乎被视作一份民族自豪感的产物，虽然其中的内容很少是真正中国的。

（三）传统与变革

以上讨论将本文引向了一个相关的问题：事实上，在欧洲我们不仅强烈反对法典化，而且对根本性变革有着根深蒂固的不情愿，尤其是涉及法律类型与根本原则时。这也是为什么虽然不当得利与无因管理制度存在不合体系性，但“共同参考框架”中还包括这两章并说得通的一个原因。^[57] 要说服全欧洲法学家承认“这两个类型至少有一个是不必要的”，确是很难的一项任务。虽然中国民法的大陆法系传统很深，但是很有可能避免这样的错误。例如，我们可以看到中国当前对民法体系中侵权种类的开放式讨论。^[58] 即使最后中国选择了传统的法典编纂模式，至少对是否应将知识产权和有体物物权置于一起之类的讨论还是可能的。相似的，中国也可以讨论人格权法单独制定的可能性。

（四）一般与特殊

在欧洲，关于共同的欧洲规则应该具体到什么程度存在热烈的讨论。有些人只希望通过一部宽泛规定原则的法典，而其他人可能希望一部规定细致缜密的法典，从而对解决具体案件不留任何疑问，也不给法官留有裁量余地。^[59] 目前提交的大部分学界草案采取了后一种模式，“共同参考框架”虽然因为给任意与偏见性裁判留下了大量空间而受到批评，但是它采取的仍然是后一条路径。它是一部高度复杂的产物，它试图覆盖和详细规范所有将来可能出现的具体情形。可能正是因为这种路径使得各国很难通过这个草案，即使部分通过也很困难。

中国的“律”和“例”立法技术，即先宽泛规定不完整的规则，然后再逐渐通过增加具体的规范限定它，具有极悠久的历史。^[60] 在唐代（618～907）《唐律疏议》中就已经能看到这种规则的存在了，在法律实践中，律和例被证明是一种构建法典的理想手段。^[61] 直到20世纪初，中国的立法技术依然是相似的：1740年的清朝民法典，即“大清律例”，包括436条法律和815

[57] See Christiane Wendehorst(文德浩), Draft Principles of European Unjustified Enrichment Law Prepared by the Study Group on a European Civil Code: A Comment, ERA – Forum 2/2006, pp. 244 ~ 264; *idem*, No Headaches over Unjustified Enrichment: Response to Daniel Freidmann, in: Kurt Siehr, Reinhard Zimmermann (eds.) *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective* (2007), pp. 113 ~ 132; *idem*, Ungerechtfertigte Bereicherung, in: Reiner Schulze, Christian von Bar, Hans Schulte – Nölke (eds.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen* (2008), S. 215 ~ 260; Nils Jansen, Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?, ZEuP 2007, pp. 958 et seq.; *idem*, The Concept of Non – Contractual Obligations: Rethinking the Divisions of Tort, Unjustified Enrichment, and Contract Law, *Journal of European Tort Law* 2010, pp. 16 ~ 47.

[58] See e. g. Sun(孙宪忠), Kritische Bemerkungen(对当前中国侵权行为法立法若干疑难问题的批判性评论), S. 140 ~ 163 and Shan, China, pp. 41f.

[59] See Critically on the use of blanket clauses and vague terms Eidenmüller et al., *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, JZ 2008, S. 537 ~ 550.

[60] See G. Jamieson, Translations from the Lǐ – Li, or General Code of Laws, *The China Review* 8/1 (1879), Randall Peerenboom, *China's long march toward Rule of Law* (2002), p. 36, Weggel, *Rechtsgeschichte*, pp. 94 and 121 ~ 123 and Dandolo, *Genesis, Evolution and Prospective of the Civil Law in China*, IJAS 2000, pp. 133 ~ 147.

[61] See Weggel, *Rechtsgeschichte*, S. 49 ~ 50.

条规定，并且一直适用到清末1912年。^{〔62〕}自1986年生效的《民法通则》以及其后制定的一系列具体法规，就是采用这样的“一般—具体”的立法方式。

在我们看来，这种立法技术可能缺少优雅和完整立法的优势，但是最终它可能是一种更为实用的选择。

（五）法院的地位

最后，最高法院的地位可能使得中国更具有优势。中国最高人民法院有权对法律解释和适用发布具有约束性的指导意见，有些西方学者常基于分权原则对此提出批评，认为这些指导意见很难归入传统的法律规范类型。^{〔63〕}

2007年，最高人民法院通过了《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，^{〔64〕}并废止了1997年发布的《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》。^{〔65〕}根据这些规定，最高人民法院可以对法律发布具有法律效力的、或抽象或具体的司法解释。对这些解释的法律基础都有讨论，但考虑这种立法模式时不容忽视的一个方面是：中国生效的法律似乎只有通过指导性的、确定的司法解释才能在各级法院系统获得可适用性。

然而，很显然的是，欧洲法院（European Court of Justice）极其有限的权力对形成统一的欧洲民法构成了极大的障碍，因而只能零碎的实现这个目标。^{〔66〕}

五、结 论

上文对欧洲和中国民法法典化之异同的简要比较表明双方具有很多共同点，例如涵盖的主题和时间表，学者的领导地位，论战的形成与派系，比较法的地位和方法路径。然而，中国的进程具有一系列战略性优势，其中最主要同时也是最细微的一点即，中国法典化进程的最终成果将以一部生效的国家法形式呈现。此外，中国的法典化一方面并未受到欧盟立法那样的政治角力的干扰，另一方面也未受到对法典化持怀疑态度的阻力，因为欧洲不具有像中国这样数个世纪的文化融合发展。一些早就应该付诸实施的变革，如废弃不当得利作为一个独立的立法类型，在中国将会远早于欧洲得到实现。另外，在立法中若某些细节上得不到立刻的一致，或者由于其他原因不适合做出具体规定时，中国传统的“律”、“例”立法技术将会发挥很大的作用。无论对于中国或是欧洲这样一个庞大、多样的社会共同体，在解释和适用规则时，最高法院具有约束性的指导意见显得尤为重要。

所有这些方面都引发了一个问题：中国的法制发展是否可以作为欧洲的“模范尝试”。在过去的整整一个世纪里，中国一直在取道西方，努力借鉴西方民法模式。然而在未来的一个世纪，情况可能会发生根本性的改变，欧洲将学习中国，对适合远东的法制路径保持一个密切的关注。

〔62〕 同上，第121~122页。

〔63〕 See Björn Ahl, Die Justizauslegung durch das Oberste Volksgericht der VR China - Eine Analyse der neuen Bestimmungen des Jahres 2007, ZChinR 2007, S. 251 ~ 258.

〔64〕 See German translation by Björn Ahl, Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über die Justizauslegung, ZChinR 2007, S. 322 ~ 327.

〔65〕 See Matthias Steinmann, Bestimmungen des Obersten Volksgerichtes über die justizielle Auslegung, ZChinR 1997, pp. 95 ~ 96, German translation by Antonia Hoffmann, Einige Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über justizielle Auslegungen, ZChinR 1997, S. 130 ~ 132.

〔66〕 See Walter van Gerven, The ECJ Case - law as a Means of Unification of Private Law, in: Hartkamp et al. (eds.), Towards a European Civil Code, pp. 101 ~ 123.