

制订民法典对借鉴英美法的思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_88_B6_E8_AE_A2_E6_B0_91_E6_c122_485456.htm 我国民法典的制订工作正在进行，但民法典绝不会像刑法的修改那样能在一年内完成，它可能需要三五年，甚至七八年的历史过程。为了使这一历史性的立法工程有一个整体、全局性的宏观设计，需要就有关问题作一些思考。如何吸收英美法系的成功经验就是其中的重要问题之一。既然采取民法典的立法体例，它属于大陆法模式，自无疑问。但是，我们要立的是一部21世纪的民法典，它必须包容各国民事立法的有益经验，因此，如何在大陆法系的法典中吸收英美法系的成功经验就是一个亟待研究和解决的问题。从世界趋势来看，大陆法和英美法已经不是水火不相容的那些年代了。官方或民间的国际统一法律文件中，不乏成功地把二者融合在一起的先例，例如，国际私法统一协会制订的“国际商事合同通则”就把大陆法和英美法中有关合同的法律规范，以取长补短的办法结合起来。我们也不能否认，二次世界大战以后，尤其是东亚一些国家和地区在民法，尤其是商法方面受英美法越来越多的影响，如日本、韩国和台湾。从我们国家情况看来，我们在市场经济的立法中越来越多地考虑香港的因素和英美法中的积极东西，这次在制订统一合同法的过程中很充分地说明了这一点。自改革开放以来，研究法律的高层次专门人才到国外去学习的，也以美国居多，从学者专家所持的立论来看，英美法也有越来越超过大陆法的趋势。甚至有一些学者主张在民商立法中应抛弃大陆法的模式而改采用英美法模式，已经不

限于仅仅采用某些个别英美法制度问题了。如果说，1986年制订民法通则时的争论是民法和经济法之争的话，那么，今天制订民法典时，这种争论意义已经不大了，或者没有多大争论了。今天制订民法典时的主要争论可能是在多大程度上采用英美法模式和如何采用英美法模式之争。一句话，是大陆法和英美法之争。英美法是以判例法（法官制订法）为其存在土壤的，我国既然不采取法官制订的做法，也就失去了从根本上采取英美法的可能，但吸收一些英美法的先进制度、规则，则不仅可能，而且必要。民法通则在考虑担保的法律属性时，没有按严格的大陆法理论体系，把物的担保放在物权中，把人的担保（保证）放在债权（保证合同）中，而是统一放在债的担保部分内，就颇具英美法的特点：重实用、方便，而不重理论。我国担保法的出台继续采取这一格局并把美国《动产担保交易法》的一些作法吸收进来，如扩大实行不转移占有的动产抵押制度。我们在制订民法典时又将如何呢？是继续保留担保法作为单行法呢？还是依民法通则模式统一作为债的担保形式呢？还是依传统大陆法模式分解为物的担保和人的担保呢？这是一个需要认真解决的问题。代理制度是引起大陆法和英美法冲突的一个重要领域。民法通则中的代理是严格意义上的大陆法代理概念，必须是“以被代理人名义”，或称直接代理外。而英美法的代理概念则更加广泛，除直接代理外，也包括“以代理人自己名义”的间接代理。民法通则通过十多年来，代理概念有不断扩大的趋势。现今外资代理以及正在试行的内贸代理制，已经不是原有代理概念所能包括的。在制订统一合同法过程中有人主张以英美法的代理合同代替大陆法的责任合同、行纪合同、

居间合同。有关部门正在制订《经纪人法》，都是试图以英美法的制度来突破现有的大陆法框框。但如何能够有效突破而又不引起法律上的矛盾，实在是一个很需要从理论深度去解决的问题。现在，人们对于英美法中的经纪和大陆法中的居间究竟是什么关系，其内容有多少重合之处都还没有搞清楚，这边在制订包括委任、行纪、居间的合同法，那边又在制订《经纪人法》，只能造成大陆法和英美法的混乱，而不是和谐统一！当然，大陆法和英美法的关系远不止上述的担保和代理二例。 文章出处：《法制日报》 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com