

# 中国民法典编纂: 观念、愿景与思路

薛 军\*

---

**内容提要** 中国民法典编纂工作的进行取决于对法典观念的合理定位。大陆法系从罗马法以来,出现了两种不同的法典观念。中国民法典编纂应遵循汇编式、重述式的法典观念。中国的民事立法需要通过法典编纂来实现民事立法的科学化,补充制度缺漏。民法典编纂还有助于建构合理的中国民法的法源体系,清晰界定立法与司法之间的界限。民法典编纂对于体系的考虑,需要服务于实践的考虑,不宜为了追求体系建构而破坏已经形成的法律体制的基本框架。民法典编纂对于总则编的内容安排应当以服务于司法实务为主要考虑因素,注重提供具体规范。民法典编纂在思路上,应采取整体推进,一次性编纂完毕。

**关键词** 民法典 法律重述 民法总则 债法总则

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2015.04.003

---

伴随着中国民法典编纂工作的重新启动,与此相关的理论问题逐渐引发民法学界的密切关注。虽然学界对民法典编纂的价值和意义,已经有高度共识,但对于未来中国民法典应该呈现出来的样态,或者说中国民法典的“愿景”,却并没有相对清晰、一致的判断。这就导致在一些与民法典编纂相关的重大问题上,存在不同认识。具体来说,未来中国民法典是否应该整合现行有效的民事单行法、各种类型的法律、法规中所包含的民事规范以及最高法院颁布的所有类型的司法解释?<sup>①</sup>如果是这样的话,我们所试图编纂的就是一个体量较大、规则相对细密,更多地着眼于规则的可适用性的民法典。如果我们不追求这种类型的民法典,而是把未来中国民法典定位为一个基本法典,也就是限于提供一些基础性的、抽象性的规则,同时把细则性、操作性的规范仍然保留给民法典之外的民事单行法或司法解释,那么未来中国民法典就必然会呈现出某种“纲要性”的特征,它必须通过与民法典之外的民事规范的配合——这种配合可以采取参照、转引等立法技术来实现——才能够实现对民事生活的实际调整。<sup>②</sup>另外一个需要解决的问题

---

\* 北京大学法学院教授,博士生导师。本文为2014年国家社会科学基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”(项目批准号:14ZDC018)的阶段性成果。

① 参见谢鸿飞《民法典与特别民法关系的建构》,载《中国社会科学》2013年第2期。

② 参见苏永钦《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第18页以下。

是,中国民法典的编纂将呈现出更多的对现行的民事法律体系的革新和改造,因此是一种严格意义上的原创性的法典编纂,抑或呈现出更多的汇编性、重述性的特征,从而在很大程度上体现出对现行民事法律体制的维持。这一选择意味着未来中国民法典体系性特征上的重大差别。具有汇编性特征的民法典,更多的是把现行有效的民事法律规范汇编在一起,不刻意追求各部分之间的体系性关联。原创性的民法典编纂往往要根据严密的理论体系,将所有的法律材料进行重新排列组合,这意味着对先前的民事法律体制的重大变动。

以上问题,如果不能在中国民法典编纂工作展开之际,得到深入讨论,相关的工作实际上无法有效推进,也无法形成合理的民法典编纂的工作方案。而这些问题的解决,在很大程度上取决于在中国民法典编纂中,究竟选择采纳何种法典观念作为我们的目标。有不同的法典观念,自然就会有不同的法典编纂的工作规划。基于这一考虑,本文围绕大陆法系中的法典编纂思路展开分析,梳理出两种发端于罗马法,后来在大陆法系发展历史上一直不绝如缕的法典理念,然后以此为参照,讨论中国民法典编纂的应然选择。这一研究最终以提出中国民法典编纂的愿景与思路来结束相关的论述。

## 一、大陆法系二元化法典编纂思路的产生

虽然法典编纂(codification)一词是英国著名哲学家和法学家边沁所创造<sup>③</sup>,但这并不意味着法典编纂是一个相对晚近的历史现象。欧洲的法典编纂运动,可以追溯到作为欧洲大陆法系之历史基础的罗马法时代。罗马法上丰富的法典编纂经验,深刻影响了大陆法系法典编纂的基本思路和模式。

罗马法在其发展历史中,曾经出现过不同类型的法律编纂活动。如著名的《十二表法》的制定,就是法律成文化运动历史上非常重要的标志性事件。<sup>④</sup>古典时期的法学家尤里安受哈德良皇帝的委托,对裁判官告示进行编纂,产生了《永久告示》,这一编纂工作对罗马法的法律渊源体系产生了深刻影响,最终促成了裁判官法与市民法的融合。<sup>⑤</sup>但总的来说,罗马法上最具典型意义,而且对大陆法系产生了最为深刻的历史影响法典编纂是东罗马皇帝优士丁尼所开展的法典编纂。<sup>⑥</sup>这一法典编纂运动中所产生的法律文本《法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》连同后来的《新律》,合在一起,在中世纪被称

<sup>③</sup> Cfr. Helmut Coing, *An intellectual history of European codification in the nineteenth centuries*, in "Problem of codification", edited by S. J. Stoljar, the Australian National University of Canberra, 1977, p. 19.

<sup>④</sup> Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, seconda edizione, Milano, 1989, 99ss.

<sup>⑤</sup> 参见[英]H. F. 乔洛维茨、巴里·尼古拉斯《罗马法研究历史导论》薛军译,商务印书馆2013年版,第459页。

<sup>⑥</sup> 从历史传承来说,优士丁尼的法典编纂工作,在一定程度上确实受到了先前时代的狄奥多西的法典编纂思路的影响,但由于后者没有完成其宏大的法典编纂计划,所以没有产生重大的历史影响。Cfr. A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, 2012, p. 255.

为《民法大全》,成为奠定欧洲大陆民法秩序的基础性材料。<sup>⑦</sup>对此,学界早有公论。但同样值得重视的是,由优士丁尼所推动的这次法典编纂运动,也对欧洲大陆后世的法典编纂历史产生了深刻影响,这一点往往被学界忽视。正是优士丁尼法典编纂活动中所展现出来的二元化的法典编纂思路,催生了大陆法系两种不同的法典观念。<sup>⑧</sup>

### (一) 优士丁尼法典编纂的过程

优士丁尼正式继位之后立即开始其庞大的法典编纂计划。优士丁尼法典编纂的第一步是整理汇编到那个时代为止,仍然有效的所有的皇帝敕令。这就意味着先前存在的主要收集皇帝敕令的私人性质的法典,如《格里高利法典》、《赫尔摩格尼法典》以及官方性质的《狄奥多西法典》都将被完全取代。这一编纂计划在公元529年完成,其成果叫做《优士丁尼法典》。在534年,这一法典被重新修订,出了一个新版本。534年的新版本是这一编纂成果的最终形态。

在完成第一版《法典》的编纂之后,优士丁尼于530年颁布了Deo autore敕令,迅速启动了编纂《学说汇纂》的工作。<sup>⑨</sup>优士丁尼为此特别任命了一个以司法大臣特里波尼安(Tribonianus)为首的编纂委员会来负责这一工作。与专门收集皇帝敕令的《法典》不同,《学说汇纂》主要收集古典时期的法学家著述的片段。根据罗马法的法律渊源体系,古典时期的一些著名法学家的著作也被认为是一种具有法的效力的法的渊源<sup>⑩</sup>。但优士丁尼时代距离古典法学家生活的时代已经有三个多世纪了。随着时间的流逝,法学家著作的文本在流传中往往发生了变异,或者已经不能适应当下的需要,因此优士丁尼《学说汇纂》编纂委员会的主要任务是,从留存的古典时代的法学家著作中抽取被认为仍然有用的片段,汇编在一起,以此来实现对法学家著作这一法律渊源形态的彻底整理和归纳。这一庞大的工作以令人不可思议的速度迅速完成。公元533年,通过Tanta敕令,优士丁尼正式颁布了《学说汇纂》。

严格来说,通过《法典》与《学说汇纂》的编纂,优士丁尼已经完成了当时罗马法上的两大类型的法律渊源,也就是皇帝敕令(leges)和法学家学说(iura)的编纂,但他的法典编纂计划并未就此终结。在完成《学说汇纂》的编纂之时,优士丁尼通过颁布Omnem敕令,组建了一个三人委员会,其中特里波尼安担任监督者,另外两人分别是来自康斯坦丁诺波里的特奥菲罗(Teofilo)与来自贝鲁特的多罗特奥(Doroteo)法学教授。二者合

<sup>⑦</sup> 参见[意]格罗索《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第453页。

<sup>⑧</sup> 参见薛军《优士丁尼法典编纂中“法典”的概念》,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》(第2卷),中国法制出版社2001年版,第5页。

<sup>⑨</sup> 优士丁尼在组织法典编纂的过程中发布了一系列的敕令。这些敕令对于理解优士丁尼法典编纂的指导思想具有重要价值。相关敕令的汉语译文,参见《优士丁尼组织编订并颁布〈学说汇纂〉和〈法学阶梯〉的四个敕令》,程虹等译,徐国栋校,载《民商法论丛》(第10卷),法律出版社1998年版,第823-852页。其中,关于《学说汇纂》的编纂的Deo auctore敕令由范敏翻译,徐国栋校对;关于《学说汇纂》的批准的Tanta敕令由程虹翻译,徐国栋校对;关于《法学阶梯》的编纂的Omnem敕令由范敏翻译,徐国栋校对;关于《法学阶梯》的颁布的Imperatoriam敕令由徐国栋翻译。下文只引用相关敕令的拉丁文名称。

<sup>⑩</sup> Gai. 1. 2. J. 1. 2. 8.

作编写了一本叫做《法学阶梯》的著作。在罗马法史上,这种类型的著作在古典法时期就已经出现而且非常流行,其中最著名的是由法学家盖尤斯撰写的《法学阶梯》。<sup>①</sup>但在优士丁尼的组织之下撰写的《法学阶梯》却呈现出一些异乎寻常的特点:它以优士丁尼皇帝第一人称的口吻来撰写,因此可以称得上是皇帝口授律法,事实上它也的确被优士丁尼通过 Imperatoriam 敕令正式颁布,因此具有完全的法律效力。更加重要的是,优士丁尼将这一《法学阶梯》视为其法典编纂计划的有机组成部分,只是在颁布《法学阶梯》之后,优士丁尼才认为他的法典编纂工作最终完成。<sup>②</sup>

## (二) 优士丁尼法典编纂活动中所产生的三大法律文本的基本特征

在优士丁尼所推动的法典编纂运动中产生了三大法律文本,分别是《法典》、《学说汇纂》与《法学阶梯》。分析这三个文本的结构和基本特征,有助于理解优士丁尼法典编纂的基本思路。

《法典》在结构上分为12编,据说这是为了纪念《十二表法》。<sup>③</sup>从总体内容来说,第1编规定的是法的渊源与宗教法;第2-8编为私法;第9编是刑法;第10-12编是行政法。从包含的领域来看,《法典》包括了宗教法、官职法、诉讼法、私法、刑法、行政法、军事法等领域,因此并非针对某一特定的法律领域的法律规则的汇编。在这个意义上,这部法典是一部“总法典”而非部门法典。就进一步的结构划分和相关材料的编排而言,法典在每一编之下,分为若干题,每题之下收集的敕令则按照颁布的年代顺序来予以排列。这样的结构安排,突出地表现出其汇编式的结构特征。按照发布的年代顺序来编排敕令的作法,主要是为了求得完整和全面。

《学说汇纂》共包括50编的内容,每编之下分为若干题(关于遗赠和遗产信托的第30、31、32编除外,这些编之下没有题的设置),题之下又划分为若干片段。关于《学说汇纂》的结构,在 Tanta 敕令中,优士丁尼将其划分为7个大部分。但这些部分的划分并没有一个严格的逻辑关系。根据学者研究,这样的划分其实是受到先前存在的教学汇编材料的影响。优士丁尼的划分方法对于理解《学说汇纂》内容之间的逻辑关系帮助不大,“只是前3部分有名称并且内容具有系统的联系。在其他各部分中,第5部分是最系统的部分,而第4部分、第6部分和第7部分则把各种不同的制度混杂在一起加以论述”。<sup>④</sup>具体到每个题下面的内容,《学说汇纂》的编纂者对其中的法律片段并未进行深度加工,大量的真实判例和设想的案例充斥其中,与被评注的文本并列,简洁的法律原则、精炼的法律概念和法律划分杂然相陈、共处一处。总的来说,《学说汇纂》的体系化程度非常有限。

《法学阶梯》分为4编,篇幅上显然比《法典》与《学说汇纂》要简短得多。这一著作沿用了由著名法学家盖尤斯所创立的“人一物一诉讼”的宏观结构模式。优士丁尼对这

<sup>①</sup> 参见[古罗马]盖尤斯《盖尤斯法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社2008年版。

<sup>②</sup> Cost. Imperatoriam, 4.

<sup>③</sup> 参见周枏《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第68页。

<sup>④</sup> 参见前引<sup>⑦</sup>格罗索书,第444页。

一结构给出了如下解释“我们所适用的全部法律,或是关于人的法律,或是关于物的法律,或者是关于诉讼的法律。首先考察人,因为如果不了解作为法律对象的人,就不可能很好地了解法”。<sup>⑮</sup>这一表述非常值得重视,因为优士丁尼在这里明确地强调了法律的认知问题,并且认为法律体系的结构安排必须有助于理解法律的内容。

《法学阶梯》中每一编之下各题的安排,都遵循着严格的逻辑顺序。这一逻辑顺序表现为从一般到具体,由总到分的演绎式的、分析式的结构。《法学阶梯》的文本脉络因此也建立在一些提纲挈领并且主要服务于体系化之建构的法律分类之上。例如,在人法部分,人首先被划分为自由人与奴隶,自由人分为生来自由人与解放自由人;人还被划分为自权人与他权人。在物法部分,有可有物与不可有物的划分,从取得方法上有按照自然法取得物和按照市民法取得物的划分,从物的性质角度则存在有体物与无体物的划分。在债的领域将债划分为市民法上的债与裁判官法上的债。基于债的发生根据将债划分为契约之债、准契约之债、不法行为之债和准不法行为之债。契约之债又进一步划分为要物、口头、书面和诺成之债。<sup>⑯</sup>总的来说,《法学阶梯》在法律材料的安排上采用的技术,成熟而且高超,体系化建构的成效十分突出,各种法律材料被有机地组织在一起,成为一个体系,法律的各个部分之间的逻辑关系被清楚地揭示出来。

### (三) 优士丁尼法典编纂中三大法律文本之间差异的根源

通过上文的分析,可以看到优士丁尼法典编纂运动中产生的三大法律文本之间存在显著的差异。由此可以提出的问题是:为何在一个连续展开的法典编纂活动中,会产生在结构和类型上差异如此显著的文本?答案在于,优士丁尼的法典编纂活动中其实贯穿了两种不同的关于法典的观念。正是不同的法典理念,导致三大法律文本之间的巨大差别。

优士丁尼编纂《法典》(Codex)与《学说汇纂》(Digesta)的主要目的是收集和整理现行有效的法律规则,消除现行法之中可能存在的矛盾和冲突之处(虽然未必一定能够做到这一点,但至少尽量追求这一点)。为此在与法典编纂有关的一系列敕令中,优士丁尼反复阐明其编纂法典的目的是为了追求法律文本的确定性和唯一性,并且在《法典》(第一版)编纂结束之后,明令禁止争议的当事人和律师援引已经被废止的敕令汇编,违反者将被视为构成了伪造罪。<sup>⑰</sup>为了确保文本的本真性,优士丁尼禁止对法律文本加以评注。这主要是因为古代的手抄本的技术条件下,夹杂在法律文本中的评注文字,很可能被后来的抄写者混淆到法律的正式文本之中,从而损害法律文本的原貌和权威性。

优士丁尼时代存在的两大法律渊源就是皇帝敕令(leges)与法学家学说(iura),所以通过汇编式的《法典》来实现对皇帝敕令的收集和整理,通过重述式的《学说汇纂》来实现对古典时代法学家学说的整理,自然而然地成为其法典编纂计划的核心内容。在

<sup>⑮</sup> J.1 2 12.

<sup>⑯</sup> 关于《优士丁尼法学阶梯》的文本,可参见[古罗马]优士丁尼《法学阶梯》(第二版)徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版。上述分类,可以在这一著作的目录中清晰地看到。

<sup>⑰</sup> Const. Summa rei publicae, 1 3.

完成这一类型的法典编纂时,优士丁尼念兹在兹的是通过法典编纂实现法律渊源体系的合理化,提高法律的确定性,尽量避免法律文本之间的冲突。相比之下,法律规范的可接近性问题,体系化构造问题,并不是其关注的重点。事实上,《法典》与《学说汇纂》也没有在这方面做出值得重视的尝试。<sup>⑩</sup>

但《法学阶梯》则呈现出完全不同的特征。优士丁尼也将其称为“法典”,但却基于完全不同的理念来编纂这一法律文本。从起源来看,《法学阶梯》是罗马法学家撰写的一种入门性质的法学教科书。在罗马法古典法时代,就已经出现了不少由法学家撰写的《法学阶梯》,其中最著名的一本系由盖尤斯撰写,它奠定了后世所有大陆法系的民法学理体系的基础。优士丁尼《法学阶梯》无论从体例还是从结构上,都借鉴了盖尤斯的《法学阶梯》。<sup>⑪</sup>而且优士丁尼的《法学阶梯》事实上也是由两位法学教授所撰写,这代表了自罗马古典法时期以来,一以贯之的法学教科书的撰述传统。但优士丁尼的独特之处在于,通过把《法学阶梯》纳入他的法典编纂框架,在事实上引入了一种独特的法典观念。这种法典观念,不追求对法律规范面面俱到的搜罗,甚至有意识地限制法典所涵括的法律领域的范围,<sup>⑫</sup>但这种法典观念,高度强调法律规范的可接近性,以及严密的具有逻辑性的体系化构造。这种法典观念不特别关注法的完备性以及由此带来的法的安全价值的维护,但却关注将法律规范以法典法的形式加以呈现出来之后,所能够发挥的教化与认知功能。对于这一目的,优士丁尼在颁布《法学阶梯》的 Imperatoriam 敕令中有明确阐述。在关于编纂《法学阶梯》的 Omnem 敕令中,优士丁尼则更加强调了作为其法典的一部分的《法学阶梯》在其法学教育改革计划中的重要地位。

如果说优士丁尼法典编纂运动中的《法典》与《学说汇纂》的编纂,与先前时代的《十二表法》的编纂及《永久告示》的编纂,类型上相似,主要服务于现行法渊源的整理,但其法典编纂规划中,《法学阶梯》的编纂则是一个具有原创性的关于“法典”的样态与功能的观念。而且恰恰正是这一观念,深刻影响了后世欧洲大陆法系国家的民法典编纂史。因为当近现代的欧洲进入大规模的民法典编纂时代之后,更多地追随了《法学阶梯》所体现的法典观念,而且欧洲后世几乎所有的民法典,从体系和结构上,都受到《法学阶梯》体系的影响。<sup>⑬</sup>就此而言,进一步阐述罗马法上的“二元”法典编纂观念的内涵,对于分析大陆法系法典观念的历史沿革,以及定位中国民法典编纂的基本思路,具

<sup>⑩</sup> Cfr. Casavola, *Verso la codificazione traverso la compilazione*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, 303ss.

<sup>⑪</sup> 关于优士丁尼《法学阶梯》对盖尤斯《法学阶梯》的借鉴,参见徐国栋《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,作者序言。

<sup>⑫</sup> 事实上,相对于《法典》与《学说汇纂》所涵盖的领域,《法学阶梯》往往只涉及私法领域中的一部分内容。因为完全可以认为《法学阶梯》为了体系化以及可接近性的追求,牺牲了全面性、具体性的要求。

<sup>⑬</sup> 《法国民法典》的体系显然受到《法学阶梯》所采纳的“人—物—诉讼”的三分法的影响,可以说是《法学阶梯》模式的忠实追随者。但事实上,即使是《德国民法典》所采纳的潘德克吞体系,也同样建立在《法学阶梯》体系的基础之上。参见薛军《略论德国民法典潘德克吞体系的形成》,载《中外法学》2003年第1期;方新军《盖尤斯无体物概念的建构与分解》,载《法学研究》2006年第4期。

有重要的理论意义。

## 二、二元化法典编纂思路的内涵及其现代影响

通过对优士丁尼法典编纂历史以及编纂中产生的文本的结构特征和功能分析,我们可以看到,是两种不同的法典观念,支配着优士丁尼的法典编纂活动。大体来说,以优士丁尼《法典》和《学说汇纂》为中心的编纂工作,代表了一种汇编式、重述式的法典观念。这种类型的法典编纂的目的主要是为了提高法律规范的确定性,为此就试图通过法典编纂将既存的主要法律规范予以收集整理,消除其中存在的重复、矛盾和不协调之处。就其功能而言,这种类型的法典编纂主要解决服务于法律实践的法律形式渊源问题,它为法律的实践活动提供“法律在哪里”(where is the law)的答案。以优士丁尼《法学阶梯》为中心的法典编纂工作的目的则在于为法律的学习者提供一部教材,它所要解答的是“法律是什么”(what is the law)这一问题。<sup>②</sup>

由于不同的编纂目的,导致这两种类型的法典设立阅读主体存在区分。汇编式、重述式的法典关注的是实际的法律工作者或者说是法律从业人员。他们已经被推定具备了相当程度的法律知识,因此法典的主要目的是提供清晰、完备和具有可操作性的法律规范。但教科书式的法典预设的阅读主体则是普通人,正是因为普通人不具备法律知识,所以对法律规范的存在形态,提出了更高要求。法典的内容必须追求体系化和逻辑化,以实现更高程度的可接近性。进一步而言,从优士丁尼法典编纂的二元结构中可以看出对“法律”存在两种不同的角色定位。一种是“职业化”的法律形态,它考虑得更多的是法律的适用,以及为此而追求法律规范的完整和具体。另外一种则是“大众化”的法律形态,它认为法律必须能够为普通大众理解和接受,为此法律必须具有高度的可接近性。体系化的建构其实也是为达到这一目的而作的努力。

当然,汇编式的法典编纂并不全然放弃对于体系化的追求,但是如果法典编纂必须同时满足其他条件,如全面、完整、法律的可操作性的时候,可以在一定程度上牺牲体系化的程度。法律的适用当然需要体系化的支持,但只具有较低的体系化的法律文本通常不构成对法律适用的妨碍,因为可以推定法律家的心中自有学理体系的存在。但是对于教科书式的法典编纂而言,它必须将体系化的特征直接体现在法典的文本和结构之中,并且这种要求相当严格,以至于当与其他方面的要求发生冲突时,体系化必须成为优先满足的目标。从立法技术来看,同时赋予法典以司法文本与公民法律教育读本双重的内涵,实际上是为法典设定了可能相互冲突的不同目标。作为司法文本的法典所要求的全面、完整乃至具体决疑与作为公民法律读本而要求的简明性和可接近性是一对矛盾。对于这一矛盾,优士丁尼的解决办法是文本分立,也就是,为了不同的目的

<sup>②</sup> Gianmaria Ajani, *The soviet experience with codification: theoretical and comparative perspectives*, Edited by Richard M. Buxbaum and Kathryn Hendley, University of California at Berkeley 1991, p. 185.

分别编纂法典。从这个角度来看,二元化的法典编纂可以看作是为了解决相互冲突的法典编纂的价值目标而采纳的一种法典编纂技术。

由罗马法所开创的这种二元化的法典编纂思路对现代欧洲的民法典编纂运动产生了深刻影响。在相当长的历史时期中,优士丁尼法典编纂中的《法学阶梯》被认为是其法典编纂工作的一个次要部分。虽然它在教学中一直处于中心地位,但由于包含在《法典》和《学说汇纂》中的对具体的法律问题较多的详细说明和深入论述,使得《法学阶梯》没有成为注释法学和评注法学时代的法学家的研究重点。这一时期,人们关注的焦点主要集中于《学说汇纂》和《法典》。但在后来的岁月中,《法学阶梯》的重要性日益增加。这要归结于其高度的体系化特征,“从17世纪开始的现代的被强调的体系化精神在《法学阶梯》中找到了比《民法大全》的其他部分更加得到发展的基础”<sup>②3</sup>。《法学阶梯》的强烈体系化特征和隐含在这种体系化之后的法典的教科书功能,使它成为近代大陆法系强调体系化和学理化特征的法典编纂的精神渊源。经过优士丁尼《法学阶梯》所引入的教科书与法典之间的联系也成为大陆法系民法典编纂中挥之不去的一个话题和关切。

近代欧洲法典编纂运动的先驱者对罗马法所开创的二元化的法典编纂思路,有着清晰的认知,并且试图予以仿效。作为普鲁士法典编纂的领袖之一的苏亚雷斯(Suarez)为了解决法律的普遍性与特殊性之间的冲突,在其论文《法律可以而且应该简短》中提出,最好有两部法典,一部用于实际的法律实践,另一部发给每个公民;前者应该全面,甚至是个案决疑式的;后者则采用能为每个公民都能学习的问答式。<sup>②4</sup>这一法典编纂计划可以看作是对优士丁尼二元化的法典编纂思路的直接移用。英国著名的法典编纂专家边沁也考虑过采用不同的法典文本来解决类似问题。他曾经主张普通法典与特别法典的分离,普通法典包括与所有公民有关的规则,特别法典只包括与特殊职业有关的规则。但后来边沁放弃了分别编纂法典文本的设想,而试图在同一部法典中来实现不同的目的。他所设想的法典由简短的法律规则组成,这些法律规则可以很容易地为公民个人所理解,同时应该对这些法律规则加上具有权威性的评注,以便于法律规则在具体的司法案件上的适用,另外详细的评注还可以限制法官在司法中的自由裁量权。显然边沁已经注意到法典的司法文本角色,在一定程度上与法典的教科书角色难以协调,因此想方设法解决这一问题。<sup>②5</sup>事实上,带有注释的法典这一思路,后来的确有仿效者,1861年的《阿根廷民法典》以及美国的《加利福尼亚州民法典》就带有大量的注释。<sup>②6</sup>如

<sup>②3</sup> 桑德罗·斯奇巴尼教授为徐国栋教授翻译的《法学阶梯》所写的序言,参见前引①⑥,优士丁尼书,序言,第III页。

<sup>②4</sup> Cfr., Helmut Coing, op. cit., p. 21.

<sup>②5</sup> Cfr., Helmut Coing, op. cit., p. 22.

<sup>②6</sup> 参见《最新阿根廷共和国民法典》,徐涤宇译,法律出版社2007年版。值得注意的是,《阿根廷民法典》所带的注释不是边沁意义上的法条评注功能,而是指出相关法律规范的罗马法原始文献来源以及相关的比较法上的类似或相同条文的参考,因此相关的注释虽然没有正式的法律效力,但普遍被认为具有高度的法解释学上的价值。关于对这一民法典的注释的学理分析,参见桑德罗·斯奇巴尼教授为该法典的汉语译本所撰写的导言《在阿根廷生效的萨尔斯菲尔德民法典》(薛军译,第15页)。



果我们不那么形式主义地来对待法律规范的存在形态,就可以注意到,在欧洲大多数国家,民法典中的抽象规则之上往往附带有大规模的阐释性的评注,这些评注为司法实践提供了实质性的规范。从这一点来看,边沁毫无疑问具有先见之明。

虽然在欧洲大陆民法典编纂运动之中,采取“文本分立”的方法来贯彻法典编纂所要追求的不同价值目标,并未成为主流做法,但通过民法典来实现公民法律启蒙与教育的诉求,却一直不绝如缕。《法国民法典》编纂时,拿破仑曾经追求能够做到法国农民人手一册,能够在烛光之下阅读。<sup>②7</sup>《德国民法典》虽然被认为具有高度的技术性,但在德国民法典第一稿草案出台之后,主要的批评意见恰恰就是:这一法典更加像是一本潘德克吞法学教科书而不是法律。<sup>②8</sup>作为公民的法律教育读本的法典观念,也对中国学者产生了深刻影响。在梁慧星教授提出的中国民法典编纂大纲中,在解释法典的逻辑性和体系性的时候,他明确提到,“着重法律的逻辑性和体系性,法律规则明确、人民易于学习、了解,可以达到通过民法典教育人民的目的。”<sup>②9</sup>这显然是延续了自优士丁尼以来的教科书特征的法典概念的传统。

梳理罗马法的法典编纂思路,其实也是对大陆法系的法典编纂理论传统和法典观念的追根溯源的反思。二元化的法典编纂思路背后其实是对法典功能与意义的不同设定。优士丁尼以及现代法典编纂运动的开创者们,对于不同的法典观念,应该以不同的法律文本类型来予以对应,有着清晰的认识。但在18世纪兴起的自然法学派的理性主义的影响之下,法典编纂中对于法典的体系化和抽象化的追求,与演绎理性联系起来,被视为理所当然,甚至成为法律理性化程度的标志。<sup>③0</sup>高度体系化、抽象化的法典,被认为创造了一种理性化程度更高的法律规范存在的形态——法典法。相比之下,没有实现法典编纂的普通法,则被认为是理性化程度较低,因此饱受诟病和奚落。<sup>③1</sup>法典编纂也与启蒙运动所推崇的民众启蒙教化联系起来,民法典被看作是普通市民的法律教科书。<sup>③2</sup>法典化的形态增加了法律的可接近性,提高了法治的水平。大陆法系的民法典编纂运动正是在这样的观念之下进一步发展,并且随着法典继承和法律移植,在全世界范围内流播。<sup>③3</sup>这些来自欧洲大陆的法典观念深刻影响了中国学者对理想型的“民法典”形态的认知。在很多时候,我们对其如此习焉不察,甚至认为理所当然。但毫无疑问,

<sup>②7</sup> 参见《比较法研究》1990年第3期编后小记《文章大小论》。

<sup>②8</sup> Cfr., K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to comparative law*, translated by Tony Weir, third edition, Oxford, 1998, p. 142.

<sup>②9</sup> 参见《中华人民共和国民法典大纲(草案)》,载《民商法论丛》(第13卷),法律出版社2000年版,第804页。

<sup>③0</sup> Cfr., G. Tarello, *Codificazione*, voce in *Digesto delle Discipline Privatistiche (sezione civile)*, UTET, Torino, 1989, 465ss.

<sup>③1</sup> 关于理性主义对大陆法系民法典编纂运动的影响,参见 Giovanni Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, 1971. Armando De Martino, *Illuminismo e codificazione*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, 339ss.

<sup>③2</sup> Cfr., Franz Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, volume primo, Milano, 1980, 493ss.

<sup>③3</sup> Cfr., John Henry Merryman, *La tradizione di civil law*, a cura di Anna De Vita, Milano, 1973, 43ss.

我们应该对这种法典观念加以深刻反思。这乃是中国民法典编纂工作最重要的前提性工作。

### 三、二元化法典编纂思路与中国民法典编纂

把中国民法典的编纂放在世界民法典编纂史的宏观背景之中加以考察,需要根据时代的变化以及中国现实的需要,调整我们的法典观念。本文开篇之处已经提到,没有恰当的法典观念的指导,我们就不可能有效地开展民法典编纂工作。围绕中国民法典编纂发生的许多讨论,其实是不同的法典观念发生碰撞的表现。只有厘清一些前提性问题,才能够真正统一思想认识,减少一些无谓的,也不可能有结果的争论,中国民法典编纂才可能真正“上路”。

首先需要解决的问题就是,如果以罗马法二元化的法典编纂思路作为分析框架,那么中国民法典编纂是更加倾向于由优士丁尼《法典》与《学说汇纂》所代表的汇编式、重述式的编纂思路还是倾向于由优士丁尼《法学阶梯》所代表的编纂思路?虽然在欧洲大陆的民法典编纂传统中,任何一次法典编纂都或多或少会融合这两种思路,都对两种思路所追求的法律价值试图有所兼顾。但不可否认,我们的基本立场和出发点,仍然需要得到清晰的界定。

笔者认为中国民法典的编纂工作,应该以现行民法规范的汇编与重述为中心来展开。换言之,当下中国民法典的编纂更多的应该是汇编式(compilation)、重述式(restatement)性质的法典编纂。

首先,就中国民法典编纂的基础和前提条件来说,最主要的问题并非民商事领域的法律规范的欠缺。事实上,在主要的民法领域,我们已经制定和颁布了一系列民事单行法。《婚姻法》、《继承法》、《民法通则》、《担保法》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》等即是著例。这些民事单行法有些已经适时修订,即使没有经过修订,也通过颁布相应的司法解释,大体上能够适应现实生活的需要。就此而言,中国民法典编纂的主要任务并不是大规模地创制民事法律规范,而是对现有的民事法律规则进行整理,消除其彼此之间存在的矛盾冲突和不一致之处。这样的工作比较适合通过汇编式、重述式的法典编纂来实现。

当然,不可否认的是,需要以民法典编纂为契机,引入一些制度,完善一些制度,特别是先前系列单行民事立法中留下来的缺憾,应该得到全面的弥补。举例来说,民法学界长期呼吁的,建立一个完善的人格权民法保护制度,这一历史任务毫无疑问应该在民法典编纂中得到完成。其实,关于建立人格权保护制度的必要性,学界并没有分歧,存在不同看法的只是针对这一部分在民法典中的体系结构安排问题,而这种形式上的问题只具有比较有限的意义。但即使如此,人格权制度的建立和完善工作,仍然是整理和重述性质的。因为从《民法通则》以来,无论是立法文本还是司法解释还是典型案例,都已经非常全面地涉及了人格权制度中的各种具体人格权。就此而言,人格权立法并非

我们所想象的那样,是一个全新的工作,而仍然主要是整理与重述现有的人格权法规范。

其次,就维持中国民事法律秩序的稳定性与连续性而言,汇编式的、重述式的法典编纂更加契合当下需要。由于历史因素,中国民法的发展走了一条民事单行法先行,然后再统合为民法典的发展道路。这一发展路径的形成,在很大程度上与中国渐进式、探索式的经济体制改革模式有关。<sup>⑭</sup>在“摸着石头过河”的改革模式主导之下,作为上层建筑的民法体制,的确不存在进行大规模的民法典编纂的外部条件。严格说来,只有在1992年真正确定了社会主义市场经济的主导性地位之后,中国民法典编纂的体制性条件才真正成熟。这是一个既定事实,我们只能在这一前提条件之下来考虑我们的民法典编纂工作。围绕着自20世纪80年代以来颁布的一系列民事单行法,经过10年到30年不等的司法实践和学术研究,中国民法学界已经逐渐形成了自己的司法实践和理论学说的积累,虽然短暂,但也已经有了自己的传统。虽然这一传统不可避免地存在各种问题,但它毕竟立足于中国现实生活而发展起来,弥足珍贵,不能忽视其价值,更不应该通过法典编纂予以抛弃。从这个角度来说,在中国民法典编纂中应该尽最大努力,避免推翻既有的民事法律体系框架。<sup>⑮</sup>这一点通过汇编式、重述式的法典编纂可以做到。

再次,从现实可能性的角度看,如果把现有的以民事单行法为中心的民法体系结构全部揉碎打乱,然后按照一个全新的体系框架来重塑中国的民法体系,换言之,中国民法典编纂采取一种原创性、革命性的编纂思路,这一工作很难在可以预见的短时期内完成。在很多涉及民法典的体系建构的问题上,民法学界一直存在激烈争议,光是人格权是否单独成编,知识产权法是否纳入,是否需要债法总则等问题,学界已经展开了许多学术讨论,但仍然难以达成一致意见。从实际操作的角度看,采纳原创性的编纂思路也存在不小的障碍。原创性的法典编纂,由于工作量巨大,不太可能把所有各编全部编纂完毕之后,一起推出,而很可能是逐编渐次推出,这就意味着必然存在一个相当长的过渡期。在此期间,法律规范的适用问题,尤其是法典中的规范与既存的关系,会变得极度复杂。在中国当下的语境中,民法典编纂必须要“趁热打铁”,利用体制层面上存在推动民法典编纂的强有力的政治意志的有利条件,抓紧完成编纂工作。<sup>⑯</sup>如果推进过于缓慢,在现实情况发生变化之后,各种不可预测的因素很可能使得民法典胎死腹中,法典编纂功亏一篑。这样的例子在世界法制发展历史上并不鲜见。

当然,以上理由更多的是基于中国民法典编纂所面临的现实处境和前提条件,因此

<sup>⑭</sup> 关于中国民法发展与经济体制改革之间的关系模式,参见薛军《两种市场观念与两种民法模式》,载《法制与社会发展》2008年第5期。

<sup>⑮</sup> 欧洲著名的比较法学家鲁道夫·萨科在一篇面向中国读者的,讨论法典编纂的学术论文中以这样的一句话结尾:“不要改变那些市民们以及法学家们已经习惯了的体系,这应该是个明智的规则。”参见[意]鲁道夫·萨科《思考一部新民法典》,薛军译,载《中外法学》2004年第6期。

<sup>⑯</sup> 从欧洲大陆的民法典编纂历史来看,很多情况下,政治层面上的强有力的推动,是民法典编纂成功的重要因素。拿破仑对于《法国民法典》的编纂,俾斯麦对于《德国民法典》的编纂,格郎蒂(时任意大利司法部长)对于1942年《意大利民法典》的编纂都是著名的例子。

表现出强烈的权宜之计的色彩,很容易遭受不纯粹、实用主义、没有追求之类的批评。但从某种意义上讲,这些考虑尚不构成笔者支持中国民法典编纂应该采取汇编式与重述式的法典编纂思路的最根本的理由。更加实质性的理由在于,优士丁尼以来教科书式的法典观念,也就是民法典必须在某种意义上充当公民的法律读本,具有法律启蒙教化的价值,民法典编纂必须追求让民法典对于普通民众明白易懂,为此要通过法律概念的层层分类和推演,来建构严格的体系化的,以抽象规则为的法典法的构架,这样的法典观念在现代民法典编纂中已经逐渐被超越。<sup>③7</sup>如果中国民法典的编纂者对世界范围内法典编纂运动的最新发展趋势,有清醒的认知,必然会支持笔者提出来的汇编式、重述式的法典编纂思路。

法典编纂历史的事实表明,无论编纂者以何种方式试图使得其编纂的民法典晓白易懂,对于普通民众来说,如果不接受专门的法律教育,民法典仍然是个不可接近之物。在很多情况下,即使普通人能够读懂民法典中的条文的字面含义,但要达到对其规范含义的全面和准确把握,距离还是非常遥远。从这个意义上来说,即使法国的农民能够在烛光之下阅读拿破仑主持编纂的《法国民法典》,这样的阅读对于实际的法律运行来说,作用并不大。<sup>③8</sup>在遇到具体的法律上的专业问题时,通过这样的阅读所获得的对于法律的认知,其实是不可靠的,仍然需要接受专业律师的帮助才会靠谱。事实上,由于法学具有强烈的解释学的特征,根据现实生活的需要,针对法律文本中的含义和表达,进行精细的法解释论层面上的辨析和界定,是一项高难度的实践性技艺。对于这一技艺,很多法律门内之人都未必掌握得很好,怎么可能期待一个普通人仅仅通过阅读民法典的条文字面,就能够把握法律的准确含义?任何强调民法典需要承担公民的法律启蒙、教化功能,应该“平易近人”,避免采用专门术语的说法,都是不现实的。<sup>③9</sup>将相关的功能设定为民法典编纂所试图追求的目标,也注定不可能实现。法治社会的建设当然需要公民具有尽可能高的法律素养,但这样的素养只有通过系统的法律教育才能够养成,而不应该指望通过让法律文本的通俗易懂来实现。在民事立法史上,虽然的确曾经有过类似尝试,但最终都是以失败结束。将民法典定位为一个比较纯粹的,服务于法律实务活动的文本,将其所承载的多元化的功能予以纯化,给民法典“减负”,或者说更加现实主义、实用主义地来对待民法典,是大陆法系法典编纂历史发展的明显趋势。<sup>④0</sup>一言以蔽之,大陆法系关于法典的“迷思”(myth)正在消退之中。

作为这样的趋势的表现,首先需要提到的当然是所谓的解法典化(Decodification)理论。这一理论强调,现代民事领域日益增多的特别法现象,正在侵蚀民法典在民事法

<sup>③7</sup> Cfr. ,Pio Caroni ,*Saggi sulla storia della codificazione* ,Milano ,1998 ,93ss.

<sup>③8</sup> 关于法国著名作家,《红与黑》的作者司汤达,每天阅读几页《法国民法典》,以改善自己的文风的故事,恰恰说明这样的阅读不是以获取民法典中的条文的规范性含义为目的的。对于民法典的内容来说,有意义的是几个条文,而不是几页。

<sup>③9</sup> Cfr. ,Ungari ,*Per la storia dell' idea di codice* ,in *Quaderni fiorentini* 1972 ,Milano ,1972 ,207ss.

<sup>④0</sup> Cfr. ,Patti ,*Tradizione civilistica e codificazione europee* ,in *Rivista di diritto civile* ,2004.

律体系以及司法实务中的地位,使其沦为实质上的剩余法(residual law)。如果只是在没有特别规定时,民法典中的一般性的、抽象性的规定才有适用的机会,那么随着特别法规定越来越多,民法典的地位和意义实际上也日益下降和趋于边缘化。<sup>①</sup>民事领域特别法现象的增加,在很大程度上与议会民主制的政治结构导致立法的零散化、碎片化有关。应该说,这一理论相当准确地描述了民法典在发展过程中所遇到的新问题以及面临的新处境。学界对于解法典的理论提出了很多批评意见。如有学者认为法典作为一种立法组织方式,并没有过时,其表现就是,大陆法系国家仍然继续不断地在进行法典重编(recodification)活动。<sup>②</sup>的确如此,大陆法系国家的民法典,都或多或少地接受了重编。但经过重编之后的民法典,无论在体系建构还是在精神气质方面,都与先前的民法典存在很明显的差别。

举例来说,1992年《荷兰民法典》是对1838年民法典的重编。二者相比,在结构上发生了重大变化。新的荷兰民法典包括了10编的内容,其中第1编是人法和家庭法,第2编是法人,第三编是财产法总则,第四编是继承法,第5编是物权法,第6编是债法总则,第7编是有名合同,第8编是运输法,第9编是智力成果法,第10编是国际私法。<sup>③</sup>暂且不说具体内容上有什么变化,仅就大结构而言,新的荷兰民法典已经呈现出浓厚的汇编性的特征。智力成果法(也就是知识产权法)和国际私法都被纳入,而运输法(包括涉及内河航运、道路运输、航空运输和铁路运输的法律)作为单独的一编,纳入民法典的体系之中,则更加显示了新民法典已经不那么严格地对待体系性建构问题。2002年《德国民法典》经历了一次重大修订,涉及消费者保护的一般交易条款法、上门交易撤回法、异地交易法、分时度假居住权法和消费者贷款法等法律,都被纳入德国民法典的文本之中。这次修订,有的是将相关特别法的内容,整体纳入民法典文本,成为单独的一个部分,如德国《债法现代化法》第2章的内容,直接转化为《德国民法典》第2编第2章。有特别法上的规定,直接以增加条款的方式被纳入民法典,如关于上门交易、异地交易的特殊规定,直接以第312a到312f条的方式纳入民法典。这种重编技术,不仅深刻地影响了《德国民法典》的文本结构特征,而且直接打破了德国民法典先前统一的关于民事主体的设定,引入了消费者与经营者的区分。<sup>④</sup>虽然《德国民法典》的修订方法遭受了不少批评,但这也从一个侧面表明,即使在德国,人们也更多地从实用主义的角度来看待民法典,并不是那么在意体系性的诉求。

《法国民法典》在颁布后一直没有经历过大的修改,但受其深刻影响的1865年《意

<sup>①</sup> “解法典”(decodification)是意大利学者民法学家那塔利诺·伊尔蒂(Natalino Irti)教授在《解法典的时代》(L'età della decodificazione)一文中提出来的。参见[意]那塔利诺·伊尔蒂《解法典的时代》,薛军译,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》(第四卷),中国人民大学出版社2004年版,第80页以下。

<sup>②</sup> Cfr., Sacco, *Codificare: modo superato di legiferare?* In *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 117ss.

<sup>③</sup> 参见《荷兰民法典》(第3、5、6编),王卫国译,中国政法大学出版社2006年版,译者序第3页。

<sup>④</sup> Cfr., Reimann, *The good, the bad, and the Ugly: the reform of the German law of Obligation*, 83 *Tul. L. Rev.* 877 2008-2009. 另外可参见[德]莱茵哈德·齐默曼《德国新债法》,韩光明译,法律出版社2012年版,第267页以下。

大利民法典》及1866年《魁北克民法典》都经历了法典重编。通过这些重编,也可以大致看出某种发展趋势。在1942年《意大利民法典》采取的6编制(人与家庭、继承、物、债、劳动、权利的保护)的结构中,除了民商合一的因素之外,最明显的特征就是把关于劳动法的一些内容放在第5编,而第6编关于权利的保护,基本上是一个大杂烩,没有什么体系性因素可言。<sup>④5</sup>1978年《魁北克民法典》内容上分为10编,分别涉及了人、家庭、继承、物、债、优先权与抵押、证据、时效、权利的公示、国际私法等内容。除了前面的几编还有些体系性的因素之外,后面完全采用了汇编的思路。<sup>④6</sup>这样的例子还有很多。在一些新兴经济体晚近进行的民法典编纂中,同样可以看到这样的趋势。如1994年《俄罗斯联邦民法典》的结构安排就是总则、所有权和其他物权、债法总则、债的种类、继承法、国际私法、智力活动成果。<sup>④7</sup>一些是否应该纳入民法典,在我们这里存在激烈争议的内容,如知识产权、国际私法等,在俄罗斯那里,毫不费劲地被纳入到民法典之中。

总体而言,越是编纂得晚近的民法典,越是呈现出结构松散、内容汇编的特征。19世纪法典编纂中的那种理性化、教科书化的法典观念已经不再具有强大的规定性力量。<sup>④8</sup>在欧洲大陆,即使在立法和日常用语的层面上,人们也越来越认可将某一领域的法律整理、归纳于一处的法律文本叫做法典。如法国与意大利都将关于消费者保护有关的法律汇编于一处,称之为《消费法典》(Codice di Consumo)。类似这种用法,已经进一步延伸到《建筑物区分共有法典》、《城市房屋租赁法典》、《交通运输法典》等领域,“法典”这一用语遍地开花,但没有人去指责这种用法名不副实。语用习惯的变化,其实揭示了人们对法典所应该具有的规定性内涵,在认知上的变化。

不仅如此,在新近的比较法律经济分析的学术运动中,法典编纂与法律理性的联系也被无情斩断。曾经因为欠缺法典化而认为理性化程度不高的普通法体系,不再受到嘲弄,反过来,以法典化为特征的大陆法系遭受严厉批评,被认为过于僵化,影响了经济发展的效率。这是LLSV学派提出来的法系理论(legal source theorem)的核心观点。在该学派看来,大陆法系国家核心法律部门,尤其是民法与商法的法典化,导致法律体制的灵活性下降,不能有效回应市场的需要,抑制了私人自治的活力,这是导致其证券交易等资本要素市场不发达的主要原因。<sup>④9</sup>对于这种观点,大陆法系学者当然予以坚决的

<sup>④5</sup> Cfr. ,Recigno, *La "forma" codice: storia e geografia di una idea*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 31ss.

<sup>④6</sup> Cfr. ,Jean-Louis Baudouin, *Reflections on the process of recodification of the Quebec Civil Code*, 6 & 7 *Tul. L. F.* 283.

<sup>④7</sup> 参见《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀译,北京大学出版社2007年版。

<sup>④8</sup> Cfr. ,Vernon V. Palmer, *The Death of a Code: The Birth of a Digest*, 63 *Tul. L. Rev.* 221.

<sup>④9</sup> LLSV是这个学派的最初作者名字的简称。Cfr. ,R. La Porta, F. Lopez de Silanes, A. Shleifer & R. W. Vishny, *Legal Determinants of External Finance*, in *J. of finance*, 1997, 52, p. 1131; Id. , *Law and Finance*, in *J. Pol. Econ.*, 1998, 106, p. 1113. 国内的一个相关文献可参考马克·J.洛《法系渊源、政治与现代股票市场》,谈萧译,载《北大法律评论》(2008年)第9卷第2辑,北京大学出版社2008年版,第328页以下。但这篇发表于《哈佛法律评论》(2006年)试图反驳LLSV学术观点的论文,其说服力其实相当一般。

驳斥<sup>⑤0</sup> ,但基于法律体系的经济效率比较 ,对各国的法律体系进行绩效排名的做法 ,却被世界银行接受 ,成为其每年发布的“营商环境报告”(Doing Business Report)的基础。在这种大背景之下 ,即使是大陆法系的学者 ,对于法典这种立法形态 ,也不再强调其相对于普通法的优越性 ,而是反对来强调 ,法典化的形态并不影响法律体系的发展和应对现实生活时所具有的灵活性。关于两大法系融合的理论 ,从大陆法系这一侧来说 ,强调的恰恰是法官创法作为一种事实 ,在大陆法系同样广泛存在。相比之下 ,法典编纂作为大陆法系的法的形式性特征 ,已经不再被予以强调 ,甚至被刻意回避。<sup>⑤1</sup>

在这样的宏观背景之下 ,如果中国民法典的编纂者 ,仍然要去坚守 19 世纪的欧洲法典观念 ,以之来指导 21 世纪的中国民法典编纂 ,显然存在巨大的时代错位。我们现在急需做的 ,是基于我们的现实情况 ,界定出需要通过民法典编纂来解决的中国的具体问题 ,以此来设定中国民法典编纂的合理且可行的愿景 ,然后基于我们的愿景 ,来确定这一次民法典编纂的基本方略。

#### 四、中国民法典编纂的愿景

在上文的分析中 ,笔者通过论证指出 ,发端于罗马法 ,在欧洲大陆法系 19 世纪的法典编纂运动中得到推崇的教科书式的 ,追求法典文本对于普通民众的可接近性 ,试图让法典发挥民众的法律启蒙与教化功能的以抽象规则为主的法典观念 ,已经趋于衰落。相比之下 ,另外一种相对务实的 ,强调法典编纂本质上是整合和重述法律规范 ,消除现行法中存在的矛盾、冲突 ,优化和改良法律规范以及引入新的适应社会现实之需要 ,而且具有可操作性的法律规范的工作 ,法典的核心功能是为司法裁判提供文本依据的观念 ,得到更多认同。

对于中国民法典而言 ,接受这样的法典观念 ,就意味着必须基于内部视角 ,来分析目前中国民法实务中所面临的 ,可以而且也应该通过民法典编纂来予以解决的主要问题是什么。只有抓住了真正的问题 ,才可能确定合理的民法典编纂思路。

中国的民法实务所面临的问题 ,首先来自民事立法层面上。中国现有民事立法产生于不同历史时期 ,<sup>⑤2</sup>贯彻了不同的社会、经济政策导向 ,彼此之间多有冲突而不能融洽无间。这些相互冲突的法律需要彼此协调 ,形成一个逻辑严密、价值自洽的规范群 ,才能便于司法适用 ,有效规范社会生活。民事领域的法律规则彼此勾连 ,牵一发而动全身 ,必须秉持科学精神 ,摒弃长官意志和拍脑袋做决策的任性 ,从民法整体的角度 ,设定合理的架构 ,明确各项制度的功能定位 ,使之相辅相成 ,才能做到规范有序。民事立法

<sup>⑤0</sup> Cfr. ,Benedicte Fauvarque-Cosson & Anne-Julie Kerhuel , *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law* ,57 Am. J. Comp. L. 811 2009.

<sup>⑤1</sup> Cfr. ,Catherine Valcke , *Comparative Law as Comparative Jurisprudence —The Comparability of Legal systems* ,52 Am. J. Comp. L. 713 2004.

<sup>⑤2</sup> 从计划经济时期 ,到有计划的商品经济时期 ,再到市场经济时期 ,都有民事基本法律的颁布。

领域的此项工作,就是民法典编纂。唯有民法典编纂,才能够真正实现民事立法的科学化。回归科学立法的思路,真正尊重学术研究,以理性的态度深入民法学说的内在机理,发挥学者在立法中真正的主导性地位,以民法典编纂这一系统工程,引导中国民事立法真正走向科学化。这是就立法而言,需要通过民法典编纂予以实现的问题。

其次是民事的法源体系存在的问题。除了立法层面上的问题之外,中国民事领域存在的另外一个严重问题是立法者与裁判者角色错位,法源体系混乱,各种类型的法源之间,尤其是制定法与各种类型的司法解释之间的效力关系界定不清,法律适用的确定性因此受到损害。尽管在21世纪的今天,再也不会有人相信民法典能够囊括民法领域所有的法律规范,一个包罗万象、毫无漏洞的民法典,也没有人信奉。但即使如此,民事立法为裁判者提供一套相对细致、严密、具有可操作性的规范,仍然是一个值得追求的目标。这也是依法裁判的最低限度要求。即使在这一点上,总体而言,中国的现状是不合格的。由于立法者规则供给能力的欠缺,导致中国民事法律规范的创制权,实质性地向以最高人民法院为代表的裁判者转移,由此催生了蔚为壮观的司法解释现象。虽然在现代社会,几乎不再有人去认真地反对法官可以参与法规范的发展,但通常所说的法官造法,是那种通过具体个案的裁判来实现的法的日积月累的发展,而绝不是目前在中国普遍实践而且愈演愈烈,由最高人民法院颁布大规模的条文式的司法解释的做法。这无论如何都会模糊立法者与裁判者的职能划分,使得裁判者滥权的机会大大增加。这么说,当然不是批评最高人民法院。就其本意而言,最高人民法院并不追求如此宽泛的规则创制权,恰恰是由于民事立法领域缺乏一个相对完整、细密和可操作性的法典,才导致最高人民法院不得不去履行其后续性的、补充性的规则创制功能。

虽然说中国式的司法解释,的确能够快速地对现实生活对于民商事规则的迫切需求,但这种“立法+司法解释”的运作模式,在现实生活中也导致了二者之间的效力关系不清晰,法律适用的确定性受到损害的弊端。由于相关的民事立法在颁布时并不注意清理此前存在的相关规则与新颁布的法律文本之间的关系<sup>③</sup>,而最高人民法院在颁布司法解释的时候,通常并不明确指出,相关的规定究竟是针对哪一部法律的那一个具体条文的解释,这就导致法律适用中的不确定性。这种不确定性,主要来源于司法解释在法律渊源体系中的定位不明确,特别是它与制定法的关系没有得到清晰的界定。

对于中国最高人民法院司法解释的法源地位,学界有很多讨论。一些学者试图将其纳入到制定法的法源框架体系之中,在由“法律—行政法规—部门规章—地方性法

<sup>③</sup> 虽然最高人民法院会定期展开司法解释的清理工作,宣告一些司法解释因为情况发生变化,不再适用。但仔细观察被废除的司法解释的列表,可以发现很多是颁布于几十年前的规定。由此可以提出来的问题是:这些司法解释不适应现实情况究竟是很久就已经发生的,还是最近才表现出来?



规”构成的金字塔式的制定法效力等级体系之中,为其谋求一个定位。<sup>⑤4</sup>但这样的努力注定不可能获得成功。因为最高法院在性质上是一个司法机构,并没有法律上的立法权,因此不可能,也不应该把最高人民法院创制的规范,纳入到制定法体系之中。此外,如果把司法解释纳入到制定法效力等级体系之中,那么它就必然受到上位法优先于下位法、特别法优先于普通法、后法优先于先法等制定法适用规则的约束,但要确定司法解释在上位法/下位法、普通法/特别法、先法/后法之中的定位是极其困难的。此外还需要注意的是,最高人民法院的司法解释,在不少情况下对民事基本法中所确立的规则进行了突破,有时候其实就是修改,例如,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2012]7号)第3条对《合同法》第51条的规定的修改就属于这样的例子。面对这样的情形,如果坚持用上位法/下位法的关系来处理,由于司法解释的效力不可能高于《合同法》的效力等级,所以司法解释中的这一条就应该是无效的。事实上,就有学者为了坚持自己对于无权处分合同效力的理解,坚持认为司法解释相对于合同法而言,是下位阶的规范,不应与合同法的规定相抵触,发生抵触的,不应有效。<sup>⑤5</sup>但如果坚持这一原则,事实上就会导致司法解释失去了发展和完善法律的功能。而这一点本来恰恰是司法解释的最主要的价值。基于此,即使坚持司法解释属于下位法规范的学者也认为,“应当承认,此类情形在我国较为普遍,司法解释的若干规定又确实具有优越性,一律机械地按照《立法法》及其理论处理,其效果不见得最佳”。<sup>⑤6</sup>

既然最高人民法院并非立法机构,由最高人民法院颁布的司法解释当然无法纳入到制定法效力等级体系之中去,这一点毋庸置疑,只能认为其构成一种与制定法平行并存的独立类型的法源。从这个角度来说,中国的司法解释在性质与地位上,非常类似于罗马法上的裁判官法,它不能取代制定法,但是可以补充、完善和发展制定法。如果接受这种解释,那么势必要认可中国法上存在一种多元化的法律渊源体制。这与历史上曾经出现过的罗马法上的市民法与裁判官法,英国法上曾经出现过的普通法与衡平法的规则多元现象有类似之处。这种规则多元现象,虽然能够在一段时期内促进法律体系的发展,但毕竟会造成法律适用上的不确定性。

这一点在中国的民法体系中尤其突出。举例来说,《担保法》颁布于1994年,后来在2000年颁布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释[2000]第44号),在2007年则颁布了《物权法》。这三个规范性文件对有些问题

<sup>⑤4</sup> 至于如何定位,有学者主张依据司法解释所依托的法律的效力等级来确定其地位。但事实上有不少司法解释并不依托于某个具体法律。关于人身损害赔偿的司法解释就是如此。在这种情况下,确定其效力等级就成为一难题。当然,从本质上来说,由于司法解释的造法特征,以法律解释的角度来确定其法源地位本身就是一种方向性的错误。关于司法解释的法源地位的研究,可参见陈春龙《中国司法解释的地位与功能》,载《中国法学》2003年第1期;曹士兵《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,载《中国法学》2006年第3期。

<sup>⑤5</sup> 参见崔建远《无权处分合同的效力、不安抗辩、解除及债务承担》,载《法学研究》2013年第6期,第77页。在这里崔建远教授还援引了梁慧星教授的观点。梁教授认为,就算退一万步,承认《合同法》第51条无权处分合同规则错误,也不能由最高人民法院通过制定司法解释予以修改,理由很简单:最高人民法院无权修改法律。

<sup>⑤6</sup> 参见前引<sup>⑤5</sup>崔建远文。

都做出了规定,但表述并不完全一致,甚至差别很大。如已经设立抵押的财产的转让问题,关于设立了担保物权的主债权超过诉讼时效时如何处理的问题,都引发了理解与适用上的困惑。类似问题在《侵权责任法》与此前颁布的侵权领域的司法解释,尤其是《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]20号)与《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(法释[2001]7号)之间,同样存在。举例来说,人身损害赔偿司法解释第9条关于雇主责任的规定,强调了雇员在故意与重大过失情况下要承担连带责任,并且雇主在承担责任之后,还享有内部求偿权。但相关规定在《侵权责任法》关于雇主责任的规定中并没有出现。这种差异究竟应该理解为是一种有意的沉默,也就是说,《侵权责任法》否定了先前司法解释的立场,还是应该理解为一种无意的沉默,因此先前的规定仍然应该得到适用。<sup>⑦</sup>精神损害赔偿司法解释第4条关于具有特定的人格纪念意义的物品在遭受损害之后,可以要求精神损害赔偿。但《侵权责任法》第22条则明确将精神损害赔偿的前提条件限定为对人身权益的侵害。究竟应该如何理解这二者的关系,先前的司法解释所创设的这样一个例外,是否仍然应该得到支持,这就成为一个问题。<sup>⑧</sup>要解决这类问题,就必须通过民法典编纂,将到目前为止已经颁布的司法解释进行系统的整理、清理,对于其中合理的部分,应该直接吸纳到民法典的文本之中,使之成为正式的法律,而对于其余不合理的部分,以及重复的内容,则应该予以全部废止。

进一步来说,我们还需要回答如下关键性问题:中国民法典编纂之后,最高人民法院是否还应该继续颁布司法解释,最高人民法院应该以何种方式参与民事法律规范的发展?对这个问题,理想主义的回答是,最高人民法院应该利用这次民法典编纂的契机,在根本上转变自己参与法律规范发展的方式,不再颁布脱离于具体案件的大规模的、条文化的司法解释,而是专注于通过高质量的针对具体个案的判决,借助学界的协力,以日积月累的渐进性的方式来推动中国民法规范的发展。这样的定位也是绝大多数大陆法系国家最高法院的定位,事实上也是最合理的定位。<sup>⑨</sup>如果选择这样的策略,那么伴随着中国民法典编纂,先前所有的司法解释,都应该被清理,具体的有益的条文纳入民法典之中,其他的都一概宣布废止,并且从此之后,最高法院不再颁布条文式的司法解释。民法典因此成为中国民法体系的真正的中流砥柱以及立法、司法和学术研究的共同的话语平台。如果认为上述方案过于激进,而且在不少人看来,在中国的语境之下,司法解释的存在仍然不可或缺,那么退而求其次的方法是,借助民法典编纂,将先前存在的司法解释进行彻底的清理和归并。有关的内容,能够纳入民法典的,予以纳入,不合适的,全部予以废弃,将先前的司法解释全部归零。民法典编纂之后,基于实务发展的需要,以非常慎重的态度,在一个新的起点上,重新开始发布针对民法典中的规

<sup>⑦</sup> 参见王胜明主编《中华人民共和国侵权责任法释义》(第2版),法律出版社2013年版,第191-192页。

<sup>⑧</sup> 参见程啸《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第575页。作者似乎认为先前的司法解释的规定仍然可以适用。

<sup>⑨</sup> 参见薛军《意大利的判例制度》,载《华东政法大学学报》2009年第1期。关于德国、日本的情况,参见同一期的热点笔谈《大陆法系判例制度及其借鉴意义》。

范的司法解释。同时,为了避免可能的规范层面上的不确定性,司法解释以对民法典具体条文的阐明、补充的功能为主,不适宜通过司法解释,变相废弃民法典的条文。发布相关的解释时,应该指出针对的是哪一个法律条文的解释。同时,应该建立对民法典条文进行定期修订的机制。在修法的过程中,尽量将先前的司法解释纳入到民法典的条文体系之中。在这种模式下,司法解释的功能,类似于一个临时性的、过渡性的、前置性的修法措施。这种方法如果运用得当,可以在一定程度上弥补由于中国目前立法体制的缺陷所导致的法律规则供应不足,回应社会需求过于缓慢的问题。无论如何,中国民法典编纂中最应该避免的现象是对目前业已存在的规模庞大的司法解释规范群,态度不明确。既不明确予以废止,也不表明哪些规定可以在民法典编纂之后得到继续沿用。如果是这样,那么民法典编纂不仅没有任何实质意义,而且会进一步增加目前已经存在的规范适用上的混乱。<sup>⑩</sup>

总而言之,基于对中国民事法律体系现状的分析,可以说中国民法典编纂所要实现的最主要愿景有两个:第一,经由民法典编纂,实现中国民事立法的科学化,消除既存民事立法中存在的冲突、不协调,废除不合理的规定,补充立法上的明显缺漏。第二,重构中国民法的法源体系,厘定立法与司法的边界,建立一个分工合理,规范有序的法律发展模式,抛弃目前存在的立法者与裁判者错位的现象,让最高法院回归其裁判者角色。

以上愿景如果能够通过民法典得以实现,还可能顺带实现另外一个重要目标:通过民法典编纂,为中国民事领域的立法者、法官和法学家建立一个共同的实践性的话语交流平台,并且以此为基础形成真正的法律人共同体。在大陆法系国家,立法者、法官与法学家是三股不同的建构法律体制的力量,他们彼此之间既分工又配合,形成良性互动的关系。立法者提供基本的法规范;司法者将规范适用于具体的社会生活事实;法学家则解释法律规范、整理判例、形成学说体系,一方面以学术研究引导立法和司法;另一方面通过法学教育,将法学思想和方法传承下去,为社会培养一代又一代的立法者、法官以及其他法律工作者。<sup>⑪</sup>但在中国当下的民事法律领域,这一良性的知识循环和互动并没有形成。立法者缺位,该完成的立法工作拖拉滞后,制定的法律质量堪忧。司法者越位,不集中精力打磨具体个案的裁判,反而热衷于颁布司法解释,再拉上一些人,针对相关的司法解释,去编写一些质量参差不齐的书籍。法学家则在立法论与解释论之间三心二意、犹疑不决。这样的态势显然不利于建构一个真正的共同话语平台,当然也不可能形成真正的中国民法学知识传统。要解决这一问题,唯一可行的方案就是集法学界全力,认真编纂一部民法典,通过民法典编纂凝聚共识,然后以中国民法典作为立法者、法官和法学家共同的话语平台,各有分工与侧重,但也有相互砥砺与交流。立法者关注社会发展、学理的推进,着重于民法典的修订和更新。法官潜心于民法典中的法律规则在个案中的适用。法学家则集中关注民法典的学理研究。这样的民法典及其具体内

<sup>⑩</sup> 参见薛军《民法典编纂与法官造法》,载《法学杂志》2015年第6期。

<sup>⑪</sup> 参见[比]卡内冈《法官、立法者与法学教授》,张敏敏译,北京大学出版社2006年版。

容,被法律共同体中的每一个人发自内心地认真对待,是学术讨论的出发点和落脚点。如此,中国民法学知识传统的建立就具有了一个坚实的基础。

## 五、中国民法典编纂的思路

立足于上文论述,笔者认为中国民法典编纂应当选择一条更具现实主义的思路。这一思路强调,民法典就其核心功能而言,主要是一个服务于司法实践的法律文本,除此之外,没有必要,也不应该赋予民法典以其他诸如启蒙、教化之类的公民法律教科书功能。关于中国民法典是否能够引领世界范围内的民法理论发展潮流,是否有机会成为21世纪的范式民法典等等,此类的诉求应该本着“功夫在诗外”的平常心来看待。只要我们能够把握中国法治发展的现实需要,通过民法典编纂,实际解决了中国民事法律体系所面临的问题,那么这就必然是一个成功的民法典编纂,它也会因为中国无可否认的大国地位,而受到外界的普遍关注。从根本上来说,中国民法典的意义和价值在于它是否能够服务于中国现实的需求,而不在于是否迎合了某些域外学者的评价标准。在这一点上,中国民法典的编纂者应当具备足够的自信。

现实主义的思路意味着,必须要现实主义地对待现行有效的民事法律体系,在民法典编纂中,要尽量维持现行法体系的连续性,在没有必要的情况下,不要仅仅基于学理上的体系性诉求,而对现行法进行大幅度的拆建和重构。虽然说民法典编纂中的确需要追求现行法的体系化,但对于这种体系化,仍然应当持有一种现实主义的态度。这种现实主义的态度,绝非否认体系化努力的价值,而是认为体系化的诉求,可以在不同的层面上展开。立法体系、学理体系以及法学教育体系,都构成法的体系化工作的组成部分。它们之间应该基于各自的功能,有所分工,有所侧重,相互配合。

就立法体系与学理体系的关系而言,二者并不一定要完全等同。法学理论层面上的体系建构,并不一定要落实为立法层面上的建构。举例来说,由19世纪德国的罗马法学者与民法学者发展出来的潘得克顿体系,是一个重要的民法学理体系。这一理论体系对欧洲大陆法系国家都产生了重大影响。但这并不意味着潘得克顿体系,也必然成为民法典的体系。事实上,在一些欧洲国家,其民法典的体系是法国式的,但是其民法学理体系却具有明显的潘得克顿体系的色彩。在1942年意大利民法典的编纂中,虽然在那个时代,从民法学理的层面上看,来自德国的潘得克顿学说体系占据主流地位,一些重要的民法典编纂者深受德国民法学理的影响,但这并没有使得他们认为新的民法典必须在立法上也采取潘得克顿体系。出于维持法律秩序的连续性与稳定性的考虑,新编纂的民法典基本上仍然大体上维持了1865年意大利民法典所采纳的具有法国民法典特色的结构体系,尤其是没有采纳德国式的抽象大总则的立法模式。<sup>②</sup> 1992年

<sup>②</sup> 关于意大利民法典编纂历史细致论述,参见 R. Bonini, *Premessa storica*, in *Trattato di diritto civile*, vol. 1, diretto da Pietro Rescigno, Torino, 1982, 53ss.

的荷兰民法典也是如此。虽然荷兰的民法学说深受德国影响,但荷兰新民法典并没有照搬德国潘德克顿体系,而是根据自己的实际需要,一方面超越了德国民法典以法律行为为核心的大总则体系,另外一方面基于实践的需要,甚至将运输法也作为一编整体纳入民法典之中。这些例子说明,民法典编纂中对于体系的关注,首先需要考虑的是实务需要,而不是通过民法典编纂来实现学者的某种学理层面上的理想。

就中国当下正在进行的民法典编纂而言,关于民法典体系建构的讨论,在十多年前就曾经热烈展开。<sup>③</sup>现在看来,相关的讨论并没有把民法典的体系与民法的学理体系之间的关系弄清楚,很多讨论在纯粹学理层面上展开。这种讨论对于中国民法学理的发展固然有益,但也基本上忽视了民法典的体系选择与民法学理的体系建构,是两个不同的问题。经过十多年发展之后,当下的民法典编纂所面临的情况又有了新的变化。如果我们仍然维持先前的思维定式,把民法学理体系与民法典体系捆绑在一起,加以讨论,毫无疑问,会给民法典编纂的顺利进行增加无谓的困难。

具体来说,当下中国民法典编纂中的体系选择,首先需要考虑的就是确保民法体制的连续性与稳定性。以物权法为基本内核,加以适当补充与完善,形成中国民法典的物权编;以婚姻法及相关司法解释的规范为核心,形成中国民法典的家庭法编;以继承法及相关司法解释的规范为核心,形成中国民法典的继承法编。对于这几大块,学界应该不存在什么争议。存在分歧的是总则编以及债法编如何处理。

关于总则编,现在的主流观点认为应该编纂出一个大的、德国式的、抽象化的,所谓“在括号之外”的总则编出来。笔者在总体上反对这种思路,认为“总则一分则”模式其实已经是一种逐渐被抛弃了的过于教科书化的民法典结构模式。<sup>④</sup>但退一步来讲,如果我们在民法典编纂中,一定要设计出这么一个结构的话,总则编应该包括什么内容,还主要取决于实务性的考虑。建立在抽象化学理之上的总则一分则模式,主要是一种学理体系,而在民法典编纂中,并没有必要那么严格地来对待总则的内涵。事实上,即使在德国民法典的结构中,其总则的内容也并不都是严格意义上的一般性的、总则性的规定。所以,中国民法典的总则编在内容安排上,维持以《民法通则》为核心来考虑总则的内容,相对来说比较可行。这就意味着,总则编可以包括其他一些国家通常用序编和附则来处理的内容,前者包括关于法源体系的规定,关于民法的一般原则,以及关于民事权利的行使等内容,后者包括时间与期日的计算,关于民法的时空效力等内容。关于民事主体的规定(自然人、法人、非法人组织),严格来说,并不属于一般规定,只是属于前提性的规定,但将其规定于总则编也没有什么大的问题,只要我们更多地把总则编看作是民法典第一编,这样的安排其实也是可以接受的。

在这种“民法典第一编”意义上的总则编中,还可以考虑在自然人法中纳入自然人

<sup>③</sup> 关于中国民法典编纂的学理讨论,基本的论述可参见徐国栋《民法典与民法哲学》,中国人民大学出版社2007年版。

<sup>④</sup> 对于总则的立法模式的反思,参见 Giuseppe Gandolfi, *La parte generale del codice civile germanico e il suo ruolo in questo secolo*, in *I cento anni del codice civile tedesco*, Padova, 2002, 237ss.

的人格保护的内容,也就是学者呼吁已久的人格权法。虽然学者关于这一部分内容在体系上如何安排,曾经发生过旷日持久的争论<sup>⑤</sup>,但正如前文已经讨论的,学理体系建构上的讨论,不应该成为民法典编纂中考虑的唯一因素。理论的逻辑在一定的情况下,必须服从于现实可行性的考虑。无论从人格权制度与自然人法制度的契合度,还是内容和篇幅均衡的角度来说,整合目前各种法律法规以及司法解释中关于人格权的规范,将其作为独立的一章,以自然人的人格保护为题,规定于民法总则中的自然人法部分,都是相对稳妥的做法。将人格权作为独立的一编,当然也有充分理由,但毕竟篇幅较短,与其他部分不成比例。现在一些有影响力的民法总则教材,已经将人格权法纳入自然人法中予以论述,效果也是不错的。<sup>⑥</sup>至少从教学体系来看,这样的安排使得关于人格权的教学,与总则的教学联系在一起,从而有了一个确定的位置。而如果将人格权单独成编,其实也不太可能成为单独的一门课程,也仍然会被以某种方式归并到一个大的教学单元之中去。如果是这样,反而不如将其安排在自然人法部分显得直接和明确。从另外一个角度来说,如此设计人格权法,同样体现了对这一部分内容的重视,在作为民法典第一编的总则部分就加以涉及,对其重要性的强调,其实也不亚于将其独立成编。

关于时效的内容,涉及取得时效的部分,是民法典编纂中在物权法编必须予以补充规定的一个现行立法层面上存在重大缺漏的问题。关于消灭时效部分,由于从《民法通则》以来,关于诉讼时效的内容一直被安排在民法总论的部分,这已经成为一个惯例,没有必要做大的改动。另外要考虑到,关于是否要建构一个规模较大的债法总则体系,也不无可议之处(下文将详细讨论),所以不妨仍然将关于消灭时效的部分置于民法总则编之中,放置在关于民事权利的(限制)部分。当然,最高法院发布的关于诉讼时效的司法解释,在法典编纂中必须予以认真清理,这个司法解释中的不少规范值得商榷,而且实际上不具有可操作性。

总则部分最需要研究的是关于法律行为的规范应该如何处理。对这一问题的普遍看法是,关于法律行为的规定,应该构成民法总则的核心内容。但笔者认为,这种思路值得反思。虽然《民法通则》第四章关于民事法律行为有比较详细的规定,但从中国民事立法的实际展开来看,可以认为我们已经基本上放弃了德国式的,试图从合同、遗嘱以及婚姻合意中抽象出意思表示一般规则的做法,而更多地倾向于在合同、婚姻以及遗嘱等部分,规定更加具体的、有针对性的意思表示规则。这一点在《合同法》颁布之后,表现得更加明显。《合同法》第三章关于合同效力的规定,其实是一个相当完整的关于双方法律行为的规定。如果我们要仿效德国式的做法,规定抽象的法律行为规范,那么势必要拆解现有的《合同法》,将第三章的大多数内容移到总则之中去。这样做其实没有任何必要。比较合适的做法是,维持合同法现有的体系基本不变化,放弃在总则中规

<sup>⑤</sup> 参见王利明《人格权法研究》,中国人民大学出版社2005年版,第108页以下。

<sup>⑥</sup> 参见梁慧星《民法总论》(第4版),法律出版社2011年版,第91页以下;朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第390页以下。

定抽象的法律行为规范,而是将重点转向针对合同、遗嘱、婚姻合意等设置更加具体的,针对特定意思表示类型的更具有可操作性的法律规范。至于说单方行为,在可以做出具体规定时,设置具体规定,没有具体规定时,可以准用合同中的相关规范。<sup>⑦</sup>相应的,《民法通则》中关于代理的规范,也应该转移到合同法之中去,因为就其适用的场景而言,代理制度也主要适用于合同领域。

笔者之所以主张采取这种方法来处理关于法律行为的规则,仍然是考虑到立法体系与学理体系可以,而且应该有所区分。法律行为概念作为一种有力的法学分析和研究的工具,没有人否认其学理性的价值。但这并不必然意味着要在立法的层面上将其作为立法概念予以使用。在一些国家的民法学理上,法律行为概念占据重要的地位,但是这些国家的立法并没有将其作为立法概念来使用。<sup>⑧</sup>之所以不在立法层面上采用法律行为概念,一方面是因为具体国家的法律传统和法典编纂时所面临的语境上的差别,出于维持法律秩序的稳定性和因此而带来的可预见性的考虑,没有必要为了纯粹的理论上的诉求,而去改变已经被司法实务所习惯的法律体系。另外一个考虑则是立法的逻辑与理论的逻辑之间的区分。就立法而言,其主要功能是为法律适用提供具体的,具有可操作性的规则,这是立法活动的基本诉求。总则层面上的法律行为规范,因为过于脱离法律规范具体适用的情景,在实践中得到适用的机会本来就非常少。设置抽象的法律行为规范,几乎必然导致在具体适用时,抽象的规则会被一系列的具体规则所取代,或者要针对抽象规则创设一系列的例外规定。抽象规则的存在,还可能导致法律适用时的一种大而化之、不注意区分具体情形的倾向。这一点可以说是大陆法系过度抽象的法律规则,在司法适用中必然导致的一个缺陷。<sup>⑨</sup>

总的来说,关于民法总则的内容安排,根据笔者上文论述,它基本上是“民法典第一编”,“民法典相关前置性规定”意义上的民法典总则。如果有人批评这种意义上的总则,名不副实,不伦不类,那只是表明在其思维中,仍然没有能够接受立法体系的建构与学理体系的建构逻辑,这二者的区分,以及没有注意到,在现代立法中,基于学理体系建构的目的,而创造出来的“抽象—具体”的规则模式,作为一种立法方法,已经趋于衰落这一事实。体系化的诉求,主要在法学理论层面上展开。法学与法律,二者应该有所分

<sup>⑦</sup> 事实上,《意大利民法典》第1324条就规定关于契约的规则可以准用于具有财产内容的单方行为。如此一来,关于契约的规则,以间接的方式,基本上就取代了关于法律行为的规定。意大利民法典的处理方式与立法上采纳法律行为的处理方式可谓殊途同归。因为,即使在立法上采纳法律行为概念,有关的规则,本来也就主要适用于契约。Cfr., G. Mirabelli, *Negoziio giuridico (Teoria del)*, voce in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. 28, Milano, 1978, 13ss.

<sup>⑧</sup> G. Ferri, *Il Negoziio giuridico*, seconda edizione, Milano, 75ss.

<sup>⑨</sup> 对于德国民法总则立法模式的批评,即使在德国民法学者之中,也一直不绝如缕。参见[德]齐特尔曼《民法总则的价值》,王洪亮译,载《中德私法研究》2014年(总第10卷),北京大学出版社2014年版,第70页以下。[德]卡纳里斯《民法典总则的功能及其作用的限度》,陈大创译,再《中德私法研究》2014年(总第10卷),北京大学出版社2014年版,第86页以下。[德]梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第30-35页。关于总则的价值,也是欧洲学者讨论的热点问题之一。Cfr., Eric Jayme, *Il significato della parte generale nel Sistema del Codice*, in *100 anni del codice civile Tedesco*, Padova, 2002, 141ss.

离,没有必要完全合二为一。现代的法典编纂运动中的法典观念,恰恰是要逐渐破除学理体系应该毫无例外地落实为立法体系的19世纪法典观的“迷思”。立法需要关注的是具体情景,针对具体情境提供更有针对性的具体规范的调整,这是一种值得追求的法律价值。高度抽象化的法律规则,“看上去很美”,但却过于脱离实际,不能关注具体情境之中相关当事人之间千差万别的利益格局,反而导致僵化。这也是大陆法系备受批评之处。法典编纂中对于体系化的追求,即使可以有,应该是实用主义的,是因地制宜的。不是说体系化不重要,而是不要把学理研究与立法活动这二者混淆起来,这就是现实主义地对待民法典的体系化诉求的核心要义。

在这个意义上来思考债法体系问题,可以得出类似结论。由于我们已经有相对完整的合同法与侵权责任法,从维持法律秩序稳定性的角度来看,似乎不宜将现有的体制完全破坏。比较适宜的做法是将合同法与侵权法仍然保留为债法体系之下的两个相对独立的结构单元,在此之外增加一个规模较小的债法总则<sup>⑩</sup>,在其中规定除了合同、侵权之外的其他债的发生根据(包括不当得利之债、无因管理之债的相对详细的规则以及单方允诺等制度),另外规定各种债的形态(连带之债、按份之债、货币之债、选择之债等等)。关于债的履行、债的消灭、债权让与、债务承担等原先在合同法之中的内容,则可以放到债法总则之中予以规定。<sup>⑪</sup>

以上所讨论的是中国民法典编纂的宏观思路。基于这种思路,笔者认为就民法典编纂工作的具体展开方式而言,似乎没有必要严格地遵循“逐编展开,渐次颁布”的模式。根据目前的规划,民法典编纂的第一步工作是编纂总则编,至于后面的工作如何进行,并没有明确。仍然是基于上文的分析,考虑到中国民法典编纂主要是汇编式的、重述式的法典编纂,因此相关的工作可以同时展开。这就意味着首先要有一个民法典编纂的整体规划,然后组成几个分别的委员会,各自分头去展开编纂工作。编纂工作的重点是整理、汇编、分析、提炼、重述已经存在的各种类型的具体的法律规范,主要从法律实际适用的角度确定其取舍。由于各编内容相对独立,因此在民法典编纂工作的第一阶段,可以分别展开工作,在完成各编草案之后,再从整体的角度审查其是否存在重复、矛盾、缺漏之处。然后将民法典作为一个整体,一次性予以颁布。颁布的同时,附带相应的施行法,宣告先前民法领域的一切司法解释和相应的哪些具体的规范性文件,随着民法典的颁布已经不再适用。这样来开展工作比较高效,而且处理起来比较简单。相比之下,如果采用分编渐次颁布的方法,可能会导致大约有5到7年的过渡期(如果我们设定的最后期限是2022年前后最终完成民法典编纂的话)之中的法律规范的适用,会变得非常复杂。考虑到目前已经有的基础,其实我们完全可以避免这样的过渡期。一次性全部推出民法典的全部内容,必然意味着要动用更多的学界力量来参与民法典

<sup>⑩</sup> 梁慧星教授等人也主张一种三分法的债法体系结构,而没有再将其处理为债法总则—合同法总则—合同法分则的结构模式。参见前引<sup>⑨</sup>。

<sup>⑪</sup> 参见王利明《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2008年版,第609页以下。



编纂工作,这也有助于避免这项工作因采取“挤牙膏式”的工作方法,被一个小圈子的人所把持和垄断。更多的专业人士,更广泛的参与,有助于未来的民法典获得道义上的支持和认可。这也是民法典是否能够获得成功的一个不容忽视的因素。

## 结 语

民法典编纂是中国法治发展的重要历史时刻。但这种重要性并不在于民法学者获得了将自己学理上的理想和见解写入民法典,使其成为法条的契机。中国民法典编纂成功的唯一标准在于,是否能够有效地回应中国法治发展中存在的现实问题,以及是否能够给出妥当的答案。从这个意义上来说,中国民法典编纂必须立足于中国现实语境,尊重既有的实践经验的积累,主要采取汇编式和重述式的方法,一方面查漏补缺,引入新的制度,另外一方面则是归纳和总结近30年的发展中的有益经验。教科书式的民法典观念,已经逐渐被抛弃,不值得中国民法典编纂去追随。基于学理的体系而构造立法体系,应该有其限度。基于实用主义的考虑,将法典更多地看作是为司法裁判提供具体规范依据的文本。过度抽象的一般规则,不应该在民法典编纂中占据主导性的地位。无论是体系建构还是内容取舍,是否能够最大程度地服务于司法实践的需要,应该是中国民法典编纂中最主要的考量因素。

---

**Abstract:** Chinese civil code compilation is decided by the reasonable orientation of code conception. Since the Roman Law, Continental law system had two different code conceptions. Chinese civil code compilation should follow the code conception of assembling and restatement. Chinese civil legislation should realize the scientization of civil legislation through code compilation to supplement the system gap. Civil code compilation is beneficial to construct reasonable system of Chinese civil law source and clarify the limit between legislation and judicature. For the consideration of system and service for practice in civil code compilation, the formed frame of legal system should not be broken for system construction. Serving the judicial practice should be the main factor to be considered in the content arrangement of general principles in Chinese civil code compilation. The compilation of Chinese civil code should be promoted generally and compiled at once.

---

(责任编辑:朱广新)