

编者按

当我们说民法典,我们是在说什么

恰好在十年前,《中外法学》在2004年第6期发表了由我组织的一期专号“中国民法典编纂:倾听他人的声音”。那时我尚在罗马读书,并未加盟北大,却得到主持编辑部的贺卫方教授、张谷教授的信任与托付,邀请国外学者就民法典编纂问题撰写了一组论文,集中发表。虽然相关的策划工作在学界热烈讨论民法典编纂的2001年就开始了——记得也是在那一年,北大法学院组织了民法典编纂的学术研讨会,在学界引发了极其热烈的反响——但因为种种原因,这组论文直到2004年第6期才发表出来。未曾料到这一期专号几乎成为民法典编纂的学术大讨论的谢幕之曲。在接下来的十年中,民法典编纂这个话题渐行渐远,几乎被民法学界遗忘(或许是绝望)。

在学术发展中,十年可算得上一个时代。民法典编纂在刚刚过去的十年中的际遇,与这个时代的特征倒也颇为吻合。十年之后,《中外法学》就中国民法典编纂问题再一次组织一期专号,并且称之为“走向民法典”。我们希望这一组论文成为中国民法典编纂“再出发”的第一声号角。

但毕竟又一个十年过去了,此间中国的社会经济环境已经发生了巨大变化。这些年中,我们陆续制定了《物权法》、《侵权责任法》,最高法院颁布了大量的民商法方面的司法解释。虽然问题多多,但似乎也应付下来了。

于是问题来了,我们为什么要如此执着于民法典?民法典真的就那么重要吗?在电子化的时代中,继续纠结于将有关的法律条文放置在一部民法典中,是否还有意义?以及更加重要的是,现代社会中的民事立法日益破碎化、情景化、部门化,民法典的形态本身是否已经被超越?这些都是需要深入研究的问题,不能以一句“走向民法典”的口号来回避。在这一期专号里发表的论文,已经在某种程度上试图回答这些问题。

在我看来,中国民法学界对民法典的吁求,已经在很大程度上摆脱了效法欧陆的拿来主义心态。我们并非因为欧洲大陆法系国家基本上都有一部民法典,所以我们也一定要拥有一部民法典。事实上,即使在欧洲,不同国家在不同时代编纂的民法典,其形态也是千差万别的,民法典在这些国家也正在面临种种挑战。中国没有必要、也不可能从欧洲国家复制一部民法典。中国民法学界也并非以某种关于民法典的本质主义的思路作为基础。关于未来中国民法典究竟应该呈现出何种形态,仍然是一个开放的问题,即使在民法学界内部,也远未取得共识。总而言之,我们并不是为了民法典而民法典。

也许,用功能主义的思路来描述中国民法学界对民法典的诉求更为恰当。我们重视的并

非民法典这种形式,而是它能够发挥的功能。我们期待通过民法典实现我们对应然的法治秩序建构的一些理想。并且我们进一步认为,对于某些目标的实现,民法典虽然并非灵丹妙药,但仍然不失为一种有益的工具。

那么,当我们说民法典,我们究竟是在说什么?

首先,当我们说民法典,我们其实是在说民事立法的科学化。中国现有民事立法产生于不同历史时期,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,这给司法适用造成了不小的困境。这些相互冲突的法律需要彼此协调,形成一个逻辑严密、价值自洽的法律体系,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,设定合理的体系架构,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。在过去的若干年中,一些民事基本法的立法,因操持于官僚之手,他们不讲科学,忽视基本的逻辑和法理,民事立法的质量日益粗劣,趋于下流,也就不足为奇了。若要扭转此种趋势,现成的办法就是回归科学立法的思路,真正尊重学术研究,以理性的态度而非逢迎上级的态度,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。

其次,当我们说民法典,我们其实是在说:在中国的民法领域,应该建立一种健康合理的法源体系,改变目前存在的立法者与裁判者角色错位、法源体系混乱的局面。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,再也没有人信奉了。但即使如此,民事立法者为普通民众以及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。但即使在这一点上,总体而言,中国的民事立法也是不合格的。由于立法者的懈怠(其实是低能)导致民事法律规范的创制权实质性地向以最高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创造,但我们所认同的法官造法,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,而绝不是目前正在中国普遍实践而且愈演愈烈的、由最高法院颁布的大规模的条文式的司法解释。这种做法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。

也许最高法院就其本意而言,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、细密的基本法典,导致最高法院才不得不去行使其后续性的、补充性的规则创制权。而要避免司法者过度介入规则创制领域,唯一可行的办法就是编纂一部相对完备的民法典,为法官提供具体、明确的裁判依据。对于普通民众而言,一部具体和明确的民法典的存在,将使得其预测行为的法律上的后果变得更加容易。从长远来看,这也有利于减少交易成本,避免当事人通过诉讼来获取不当利益的机会主义行为。

再次,当我们说民法典,我们其实是在说:中国民事领域的立法者、法官和法学家需要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。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拖拉拉,千呼万唤不出台。司法者越位,不去认真打磨个案裁判,反而热衷于隔三差五颁布一个司法解释,拉几个人写本质量参差不齐,有些甚至不堪卒读的理解与适用。法学家则在立法论与解释论之间三心二意、犹疑不决。对那些质量实在恶劣的立法和出台颇为草率的司法解释,学者们在认真对待还是严厉批判之间,愁肠百结。很多学者号称是在解释中国法的某一条文,但所举例子中都不免一股浓厚的慕尼黑评注的味道。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,可行的方案就是集法学界(广义的)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容,被法律共同体中的每一个人发自内心的认真对待,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。而这一知识传统,其实是建立属于我们自己的,关于法治的意识形态的最坚实的基础。否则,即使再过一百年,我们仍然是在诉说着别人的精彩的法治故事,喝着别人的宪政鸡汤,来浇自己胸中的块垒。

最后,当然也并非最不重要的,当我们说民法典,我们其实是憧憬着(描绘着)一个关于具体法治的路线图。关于法治对于转型之后的中国社会的意义,似乎不需要再做过多的强调。但法治秩序并不是一个抽象之物,并不总是表现为与政府的滥权行为进行正面对抗,最终获得胜利的英雄主义故事。事实上,法治的文化土壤与精神气质,更多依赖于日常生活中发生的琐碎争端中逐渐培养和确定起来的规则意识和对他人权利的尊重,以及对自己权利的坚定维护。民法典及其所调整的私人领域,以及民法典所维护的私人权利,恰恰就是塑造法治的日常性的,因此也是最深层次的力量。

中国的老百姓人手一本民法典,在必要时用来引经据典,维护自己的权利,对抗公权力。这种图景注定只是一种略带浪漫色彩的想象,毕竟法律是一门具有相当高的专业门槛的知识体系。但同样不能否认的是,通过民法典编纂,为私人保障其自由活动的空间,由此也划定公权力不得逾越的界限,这已经是法治的最核心的内涵。

关于民法典,我们可以说的还有很多,我们期待通过民法典来实现的法治理想,也有很多。但如何让我们期待中的民法典真正具有“合目的性”,不得不说是摆在每一个民法学者面前的最大挑战。但既然已经再次出发,就应当直面这些挑战。只要方向正确,到达就只是一个时间问题。

薛 军