

寻找新民法典：“三思”而后行

民法典的价值、格局与体系再思考

茅少伟*

摘要 民法典编纂的难点在于体系化,但体系本身并非是一个自决的问题,而与对民法典功能和格局的认知有关。现代民法典面临的主要困境是如何在保持自身体系性、逻辑性的同时,容纳更多元的价值和更多层次的规则,调和日益复杂的自治与管制之间的关系。民法典模式试图凭借宪法的整合机制、民法的转介条款及民法典与部门民法的功能区隔,最大程度地解决这一困境。在民法典模式下,民法典的意义在于通过有逻辑、合目的的体系安排,建构起一个稳定而开放的结构,成为自治规则的母体和自治价值的依归。在这一思路下,较诸人格权独立成编等问题,民法典总则和债法总则的设置是更为重要的体系问题。

关键词 民法典体系 民法典模式 宪法民法关系 部门民法 转介条款

引言

“历史性”的宿命从一开始就伴随着《民法通则》:一方面是历史性的贡献——填补空白、意义重大,一方面是历史性的局限——捉襟见肘、勉为其难。^{〔1〕}因此,早在1999年《合同法》出台之前,对一部更加完善的民法典的呼声已不绝如缕。^{〔2〕}统一《合同法》取得的成功,市场经

* 北京大学法学院2009级硕博连读研究生。本文的写作受苏永钦教授近著《寻找新民法》启发,并蒙其惠赐最新讲稿,也得益于葛云松教授、张双根教授、薛军教授、金印博士等师友的批评指正,特此致谢。

〔1〕 参见杨振山:“一部历史性的基本法律——纪念《民法通则》实施十周年”,《中国法学》1997年第1期;李开国:“《民法通则》的历史功绩与历史局限”,《现代法学》1997年第4期。

〔2〕 一组以民法典制订为主题的讨论,参见“民法典:建设社会主义法治国家的基础——专家学者谈中国民法典的制定”,《法律科学》1998年第3期。

济改革的深化,理论界与实务界的推动,尤其是2002年末《民法》提交全国人大常委会审议,使得围绕民法典的讨论渐趋高潮。这一场热气腾腾的大讨论从民商关系这样的宏观视角到关于民法典体系安排的中观话题,到民法中重要的微观制度,复又延伸到公法私法划分、民法宪法关系、权利权力制衡等更一般性的议题,可以说无论是深度、广度还是参与度都是空前的。一时间众志成城,民法典呼之欲出。

十年之后,对照《民法》,《物权法》(2007年)、《侵权责任法》(2009年)、《涉外民事关系法律适用法》(2010年)等已先后颁布施行,剩下的也就是民法典总则和人格权法了。按理说,民法典已处于万事俱备(组成部分)、只欠东风(修改整合)的状态。但有学者却担忧,民法典不是离我们越来越近,而可能渐行渐远了。^{〔3〕}这是为什么?表面上看,症结在于体系化整合的艰难。整合不是汇编,绝非易事。已颁行的法律虽已建立了各种具体制度,但彼此之间缺乏足够的内在逻辑联系,并不足以构成民法典的各编,这些法律复杂的个性更是大大增加了在其基础上整合出一部民法典的难度。^{〔4〕}但比起“原料”的不趁手,更重要的问题却可能是整合目标的模糊。民法典的体系看上去是一个“怎样安排”的问题,但潜藏其中的却还有一个“安排什么”的问题。对于民法典内容的取舍,不仅仅关乎民法典的内部体系,也关乎民法典的外部格局,关乎民法典与其他法律的“内外交通”。而内容如何取舍、内外如何协调,又取决于对民法典功能的认知与期许。

乐观地看,民法典的编纂遇到一些困难并不全是坏事。不仅往往“好事多磨”,常常也只有“多磨”才能把事办好。关于民法典的讨论已洋洋大观,但似乎仍然缺乏一根较为清晰的线索来勾连起这些前置问题:我们为什么需要一部民法典?我们需要一部什么样的民法典?民法典将以怎样的面目立于法律体系之中?因此,在迎难而上之前,我们不妨将视角拉远,重新反思民法典的价值与格局,再回到体系问题,或有所得。

一、民法典的价值:传统与现代

尽管民法学者之间在关于民法典的诸多问题上各持己见,但却几乎都认为应当制订一部民法典。^{〔5〕}有学者主张我们应当“得意忘形”,不必执着于“民法典情结”,因为民事立法的根本目的在于“造就出一种本诸公平精神、顺乎国情民生、有效捍卫私权、切实促进公益的民事法律秩序”,而非追求法典自身的完美。^{〔6〕}但民法学者却似乎终究不能“忘形”,而希望鱼与熊掌兼得,以其“形”得其“意”,这恐非简单“情结”二字可以了得。

〔3〕 参见柳经纬:“渐行渐远的民法典”,《比较法研究》2012年第1期。

〔4〕 同上注。

〔5〕 少数反对制订详尽的体系化的民法典的意见,参见冯乐坤:“民法法典化之反思”,《甘肃政法学院学报》2005年第2期;张礼洪:“民法典的分解现象和中国民法典的制定”,《法学》2006年第5期。

〔6〕 苏亦工:“得形忘意:从唐律情结到民法典情结”,《中国社会科学》2005年第1期。

(一)传统:变迁与保留

一言以蔽之,大部分民法学者认为民法典本身自有其价值。^[7] 价值何在? 回顾历史可以发现,成功的民法典既有共通的一面,又各有其特别的成功之处。共通面主要源于法典的体系效率。民法典的制订极少是平地起高楼,而多是“继往开来”,在总结分散的各级立法、各地习惯的基础上,删繁就简,去芜存菁,建立起较为完备的体系。对于守法者来说,可以明晰交易规则,降低交易成本;对于司法者来说,可以集中信息,便于搜寻,减少裁判恣意。特别的一面则与民法典的时代背景、指导思想、体例构建等有关。例如,早期的欧陆民法典有在政治上宣示统一、唤起认同的意义;法国民典的不朽在于其首次全面建立了个人主义价值秩序;德国民典则因其科学的潘德克顿体系而垂范后世。^[8]

时移势迁,在 21 世纪的今天,我们所追求的新民法典能够承受怎样的期待?

体系化的价值可以保留,但至少在两个方面受到了质疑。其一,随着科技的发展,不仅是法条本身,各种立法资料、裁判文书、学说理论也大多被电子化了,法典汇集信息的功能不再重要。其二,法典有助于建立谨严的法律概念体系,并形成与之相应的体系性思考,这也是大陆法系民法典最为人称道的优点之一。但利之所在,也可能正是弊之所在。体系性思考有时会蜕变成形式化的思考,掩盖实质性的议题论辩和价值判断。^[9] “概念法学”之讥原非无的放矢。形式理性的法典法与实质取向的案例法,只能说是各擅胜场。

体例上也可能有所突破,但经历了从法国民典、德国民典、瑞士民法典到新荷兰民法典的几度变迁之后,有价值的创新空间已少。无论是不设债总、合同与侵权分立,还是人格权独立成编,都可以说是特色,但实难比前贤。并且,法典及其形式还有路径依赖的问题。我国固有的法典传统早就断裂,一百多年来的法律移植虽屡遭挫折,也已形成一套新的、不完善但很顽强的传统。我们现在所习用的一套概念、规则、原则、制度和理论大多都来自于大陆法系成文法,尤其是德国法传统。^[10] 我国学者关于民法典体系的大部分讨论,也是在德国民典五编制基础上的闪转腾挪。在一种模式相对于另一种模式不具有明显优越性的情况下,不去改变人们已经习惯了的体系是明智的选择。^[11]

价值宣示的功能在一定时期内仍有意义。市场、法治与私权的理念从种种束缚中破茧而

[7] 有些批评涉及民法的民族性、本土化等,但这主要是文化层面、实质层面的问题,与民法典形式本身关系不大。参见单飞跃、杨期军:“中国民法典生成的文化障碍”,《比较法研究》2005 年第 1 期。

[8] 参见苏永钦:“民法典的时代意义”,载苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社 2012 年版,页 2-5。

[9] 荷兰学者马丁·W. 海塞林克认为,“欧洲的法律学者和法官们通常使用一种正确答案的话语但实际上却(有意识地)表达着某些价值层面上的判断。……欧洲法律方法论的一个主要(且令人遗憾)特点就在于其本身内在的实质性方法并未明确地被表露出来,也即:缺乏透明性。”参见(荷)马丁·W. 海塞林克:《新的欧洲法律文化》,魏磊杰译注,中国法制出版社 2010 年版,页 16、86-87。

[10] 参见孙宪忠:“中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴”,《中国社会科学》2008 年第 2 期。

[11] 参见(意)鲁多尔夫·萨科:“思考一部新民法典”,薛军译,《中外法学》2004 年第 6 期。当然,这种因循应当坚持到何种程度,不无疑问。批评者认为这种态度未必是理性比较后的选择,而可能反映了主观好恶或安于现状。参见谢哲胜:“论民法典化模式的选择”,《法商研究》2006 年第 3 期。

出,去“古”未远,余悸尚存。民法典意味着市场法制的万流归宗,体现了政府执行宪法中宣示的市场经济和依法治国的决心;并且,渐进立法到一定阶段后,边际效用已低,法律之间的齟齬增多,以法典来统合,增加规则的透明度和一致性,可以加速体制转型。^[12]但是,一方面,这种“变法”功能毕竟非为民法典所常有;另一方面,以煌煌法典来彰显自治精神固然令人瞩目,在突破性上较诸1986年《民法通则》尚或有所不如。

如此说来,民法典的传统价值仍在,但有的随着时代的发展而褪色,有的随着时间的流逝而隐没。与我们的殷殷期待相比,这样一幅图景无疑是太平庸了。

(二)现代:挑战与机遇

民法典就是这样一个“失落的城邦”?也并不尽然。在一个更抽象的层面上,民法典的价值是什么,至少在表述上也许从来没有变过——民法典是私法自治的基本法。民法典所作的价值宣示之所以重要是基于此,体系化以及体例创新是为了更好地实现这一目标。但是,同样的表述在不同的语境下却可能有迥然不同的意味。这种不同指向的是一种重要的范式转变,回应的是民法典所面临的真正挑战,也蕴藏着民法典新的机遇。

民法典的危机并不在于体例上无法创新或者价值上无法突破,这更多的只是锦上添花。对于一个继受法国家而言,能够巩固公认的价值、沿袭成熟的体例,在既有法律基础上进行较好的体系化整合,已属不易。信息化的发展或者案例法的渗透也不构成根本的挑战,信息化只会使民法典的某些功能变得不必要,而在成文法国家,案例法至多只是重要补充,终难反客为主。真正可能昭示“法典主义的黄昏”^[13]的,是民法典所依存的社会、政治、经济环境的深刻变化。社会价值的多元,政府职能的延展,经济结构的转型,“人”的图像的复杂化,^[14]带来了公私法分野的模糊、管制法对自治领域的侵袭以及部门民法的扩张。人们有理由怀疑,封闭的民法典能不能回应开放社会的要求,体系谨严的民法典能不能融入异质化的内容,推崇意思自治的民法典能不能与日益增长的管制要求相协调。

民法典要回应这些挑战,无非是往两个方向发展。一是尽量求“全”的模式,即在民法典中包容进更多内容,覆盖更多领域。理想的状况是,不同的“人”(如经营者和消费者)、不同的政策目标(同等保护或区别对待)、不同性质的规范(自治规范与管制规范)都能被恰到好处地融入一炉,以让民法典能紧扣时代脉搏。二是尽量求“纯”的模式,即把民法典当成一部“原则法”,仅包含原则性、一般性的内容,将那些因为特定社会政策或经济政策所作的规定留在民法典外。理想的状况是,民法典既可给市场经济提供“一套体系完整、理念清晰的法律规范,又容忍因市场失调所设的‘例外’规定优先适用”。^[15]

[12] 参见苏永钦,见前注[8],页11-12、19-20。

[13] 参见苏永钦:“民事财产法在新世纪面临的挑战”,载苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,页80-83。

[14] 参见谢鸿飞:“现代民法中的‘人’”,《北大法律评论》2000年第3卷第2辑,页128-158。

[15] 苏永钦,见前注[13],页83。

如果我们仍然坚持民法典这一形式,如果我们希望民法典能有一个较为清晰的面目,那么事实上我们只能向求“纯”的一端靠拢。求全的思路至少有三个方面的问题:第一,再膨胀的民法典也不可能容纳现代民事法律关系的方方面面,因此同样面临内容的选择问题,而在求全思路下,选择的标准不易确定;第二,“求全”的代价必然是体系的“委曲”,内容越是驳杂,在体系构建上也越是困难,未必能真正简便法律的适用;第三,更重要的是,求全的民法典固然更丰富,但在规则和价值上都太过缤纷,可能影响乃至失去其作为一般规则和价值提供者的指引性,而这可能正违背了我们制订民法典的初衷。

概而言之,对于传统的民法典,“民法典是私法自治的基本法”这种表述意味着民法典是民事法律规范的集大成者,不仅是制度和规则的集大成者,也是市民生活领域价值秩序的确立者和保障者。但是,在现代社会,无论是在规则上还是在价值上,民法典的这一地位已不可能固守。对于现代民法典而言,“民法典是私法自治的基本法”意味着民法典应该是一部常法、一部普通法,即使不再能够集大成,作为基本法,民法典依然可以给整个私法提供一套足以倚为基础的制度和规则、一套足以倚为基础的价值体系。

在这种求纯的思路下,对于民法典而言,重要的就不仅仅是有逻辑地体系化,或寻求体例上的创新,或作一时性的价值宣示,而是去构建一个足够一般和稳定的结构,同时又能够通过种种渠道在规则和价值上与其他法律良好地沟通。这种思路为何有意义,又为何可行,与民法典的格局息息相关。也只有肯定了民法典作为私法自治基本法的价值,在确定了民法典在法律体系中可能/应当具有的位置后,体系的构建才是真正自觉的。

二、民法典的格局:自持与开放

民法典的格局是指民法典在整个法律体系中如何自处。从影响民法典基本面貌的角度来说,有三对关系是最为重要的,即民法典与部门民法、管制法、宪法的关系。

(一) 民法典与部门民法

首当其冲的是部门民法。正是部门民法的发展使得一部包罗万象的民法典既不可能,更不可取,可谓民法典所遇到的最致命的挑战。这也是所谓“解法典化”思潮的直接动因。^[16] 民法典有什么不可或缺的意义? 尤其是我国已先有大量单行法的情况下,还有无必要去“回填”一个民法典? 要回答这个问题,就要探讨部门民法盛行的原因。

公私法的分野是传统民法典能自成一体的基础。但在很多领域,公私法的界限已极为模糊,各种性质的规范杂处其间,自治与管制的关系愈发复杂。那么,对于笼而统之的大量“民事

[16] 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4卷),中国人民大学出版社2004年版。

规范”，势必要进行切割。^{〔17〕} 在否定了求全的民法典思路的前提下，无非是两种切割方式，一是垂直切割，二是水平切割。垂直切割就是按照社会部门或者功能的领域，制定一个一个单独的法律，不求内容纯净，但求“在体系化处理可能的范围内，围绕特定的社会部门或社会功能，就私法关系把相关的公私法规范，甚至程序法规范，作统合式的处理”；水平切割就是“按照普通特别的关系，把属于最普通、可以适用于各种私法关系、各个功能领域的民事规范集结起来，而把所有公法的介入，或在人、事、时、地、物上有其特殊性的规则，都留给特别法去处理”，前者可称为部门民法模式，后者可称为民法典模式。^{〔18〕}

部门民法模式的好处在于，就一定范围的交易作了体系化的、较为完整的规定，也就特别便于针对此一范围的法律适用，并且“术业有专攻”，不旁生枝节，尤其适合于转型社会，这是我国民事单行法立法的经验。这一模式的缺点在于，各个突破的另一面也就是各自为政，在部门民法之间的技术接轨和政策协调上会逐渐出现问题，这一外部调适的边际成本会随着部门民法的增多、市场交易的复杂而不断升高，这也确实是我国民事单行法立法的教训。^{〔19〕} 民法典模式的优点正在于，民法典一次性提供了一套足够普通、涵盖足够广泛的概念、规则和价值体系，部门民法可以在此基础上补充、细化、修正。

部门民法模式和民法典模式都是对管制法侵袭的回应。部门民法模式的回应更直接，因应实际需要，兵来将挡，水来土掩，但有缺乏规划、协调困难之弊。民法典模式的回应则更精致，通过民法典、特别法、特别法的特别法这样的复杂结构来调和自治与管制。民法典模式蕴含了“保守和改革的两面性和激荡性”。^{〔20〕} 民法典在规则和价值上求纯，“其目的不在排斥公共政策，让民法典脱离现实，而是通过普通特别的体系运作，让政策的调整得以集中在针对目标事物、团体而定的特别法上，”以更好地达成政策目标。^{〔21〕}

在民法典模式下，哪些民事规范应当进入法典，哪些应继续留在法典之外呢？^{〔22〕} 这实际上是一个“所欲”和“所宜”之间的平衡。“所欲”是说，民法典模式的目标是要在保持体制一致性和中立性的前提下，提供一套基本的制度和规则，因此哪些民事规范应“外接”于民法，哪些可“内设”于民法，就需要看这些规范是否具有一般性。只要规范足够一般、足够原则，就应当

〔17〕 民法典外还存在大量私法规范的现象，并不特别，但因为公私法的交融，这一问题变得更加复杂了。参见(意)索马：“第三个千年之中的民法典编纂”，薛军译，《中外法学》2004年第6期。

〔18〕 苏永钦：“现代民法典的体系定位与建构规则”，载苏永钦：《寻找新民法》，页77-79、106。

〔19〕 同上注，页78。另可参见江平：“我国民法典制订的宏观思考”，《法学》2002年第2期。

〔20〕 保守的一面在于，民法典似乎忽视现实的种种不平等、不均衡，而仅在抽象的天平上考虑；革新的一面在于，民法典欢迎各类改革力量进入民法领域，只是自身仍保持一定的纯粹性。这样，“当改革者以‘市场失灵’为理由进行干预时，民法的规定自动退让；等改革者承认‘政府失灵’而解除管制时，民法又当仁不让成为自由市场的中流砥柱”。参见苏永钦：“私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向”，载苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，页50-51。

〔21〕 苏永钦，见前注〔18〕，页91。

〔22〕 参见王利明：《民法典体系研究》，中国人民大学出版社2008年版，页219-233；许中缘：“论民法典与民事单行法律的关系”，《法学》2006年第2期。苏永钦教授认为，从基本图像、指导理念的异同考虑，综合规范数量、概念衔接、规范功能等，民事规范与民法典的关系至少有六种：单行法、通则化、法典化（以上是分立）；整并、“拉链”化、“榫头”化（以上是合一）。参见苏永钦，见前注〔18〕，页79-83。

被整合进民法典。“所宜”则是指，考虑到体系构建本身的限制以及既有的立法习惯和状态，有些本来可以进入民法典的内容，还是适宜仍然留在民法典外。例如，有些单行立法虽然包含重要的民事内容，但已形成较稳定的规范群，并包含相关的公法和程序法规范，如《招标投标法》、《道路交通安全法》、《环境保护法》等，仍宜维持现状。^[23]又如，《证券法》、《保险法》、《商业银行法》等几乎是自治法与管制法内容并重，显然不宜强行分拆。还有一些法律虽然具有鲜明的自治性质，但或者篇幅较大，或者性质特殊，很难在民法典中找到合适的位置，如《票据法》、《公司法》、《海商法》、《信托法》^[24]等。知识产权法单独列为一编并不困难，但多数意见也还是支持在民法典外规定。^[25]

“所宜”与“所欲”的平衡涉及一个关键的问题：民法典所追求的一般性、原则性、中立性需要到什么程度？换言之，什么是我们眼中的普通？什么是我们眼中的特别？民事规范，因为体例便宜留在民法典外是一回事，因为内容特别留在民法典外是另一回事。对于我国未来的民法典来说，有两点事实是不得不注意的：第一，这是一部民商合一的民法典；第二，这是一部新时代的民法典——新并非一定要体现在体例上，更是浸润在整部法律的精神中。这就意味着，我们再追求纯粹，也不可能忽略时代背景的沧海桑田，民法典的一般性是建立在真实的历史情境中，而非想象的历史土壤上。法律或许天性保守，但也应拒绝怀旧。这也意味着，在体系上必要和可能的范围内，民法典中应当规定的不仅是狭义民事领域的一般规则，也包括商事领域的一般规则。这甚至意味着，民法典规则的共通性不仅是国内市场的共通性，也在一定程度上包括国际市场的共通性。在一个由全球化和区域化不断推动的开放社会，比起之前任何时代，一国的民商事法律都更具有超越国界的意义。^[26]

对于“一般性”的把握，对于民法典内容的取舍，应当充分考虑这些因素。^[27]2002年德国债法改革将消费者法的部分内容纳入民法典，引起了很多争议。^[28]实际上，经营者与消费者

[23] 例如，《侵权责任法》分别以7条、6条、4条的篇幅规定了产品责任、机动车交通事故责任 and 环境污染责任，显然不足以替代《产品质量法》、《道路交通安全法》、《环境保护法》等法律。两头规定的方式反而容易带来法律适用上的麻烦。如果相关法律作相应修正的话，民法典中完全可以不规定这些内容。

[24] 参见钟瑞栋：“信托财产权、信托法与民法典”，《甘肃政法学院学报》2007年第2期。

[25] 参见吴汉东：“知识产权立法体例与民法典编纂”，《中国法学》2003年第1期；曹新明：“知识产权与民法典连接模式之选择”，《法商研究》2005年第1期。

[26] 因此，在法典理念遭遇现代危机的同时，也面临着新的机遇。经济全球化的浪潮中也裹挟了一股制订跨国家的私法法典的潮流，最为令人瞩目的当然是欧洲私法的统一化，但在其他地区也不乏回应之声。参见 Ralf Michaels and Nils Jansen, “Private Law Beyond the State?” 54 *Am. J. Comp. L.* 844(2006)；(德) 尼尔斯·詹森、赖茵哈德·齐默尔曼：“‘一部有实无名的欧洲民法典’：论〈共同参考框架草案〉的性质与目的”，李德健译，载梁慧星主编：《民商法论丛》(第49卷)，法律出版社2011年版，页255-276；(日)金山直树：“PACL(亚洲共同法原则)的意义与课题”，李德健译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第49卷，法律出版社2011年版，页241-254。另可参见2009年 *Tulane Law Review* 上的一组讨论文章，See “Symposium: The Challenge of Recodification Worldwide: Transjurisdictional Codification”, 83 *Tul. L. Rev.* 973(2009)。

[27] 因此相较于苏永钦教授坚持的纯粹民法典，本文态度要缓和得多。参见苏永钦，见前注[20]，页1-54。

[28] 参见(德)赫尔塔·多伊布勒-格梅林：“德国债法改革对‘一揽子解决’方案的选择”，李芬译，《中德法学论坛》2002年第1辑，页15以下。另可参见(德)W·多伊布勒：“德国新债法概述”，朱岩译，《比较法研究》2002年第2期；吴越：“德国民法典之债法改革对我国的启示”，《法学家》2003年第2期。

的关系是现代社会中最普遍、也最重要的民事法律关系之一,也是颇受各国法律重视的领域。既然如此,消费者法的很多规则确实符合民法典所要求的一般性和原则性,也就“配得上”进入民法典。至于经营者与消费者的概念,无论是破坏性还是建设性,总不如当初的“法人”。只要在体系上适宜,民法典当然可以包容消费者法的内容。

因此,民法典是基本法,并不是说民法典不作任何政策考量。民法典的内容并不只限于传统的平等民事主体之间,也可以/应当涵盖类似经营者与消费者这样的稳定的“不平等”民事主体之间的关系。民法典的一般性所强调的是民法典与部门民法功能的不同,前者是要建立一般、长期的结构,后者是就特定领域作具体、一时的权衡,民法典确立的框架是单行法作政策权衡的基础,正是这样的功能区隔构成了民法典独立存在的价值。^[29]

(二) 民法典与管制法

民法典与部门民法之间相互衔接、协调、合作的关系,在维护民法典体系性的同时,也维持了民法典价值上的开放性。但仅此并不足够。民事单行法能够处理的都还是比较集中的问题,民事法律关系还受大量分散的、不断变化的管制性法律法规的影响。因此,民法典自身还必须能够提供其他通畅的渠道来调和公私法之间的关系。

直接在民法中规定公法性训示规范(如《合同法》第127条,《物权法》第38条第2款、第137条第3款等)的做法虽然常见,但并不可取。这些规范有的训示对象是当事人,有的是行政机构,有的则对象不明,规定也不可能全面,几无实益。^[30]一种可行的思路是通过引致条款和转介条款间接地引入公法规范。“引致”和“转介”的区别在于引致是指法官在审理民事案件时,依据民法中管道性条款的授权直接适用具体的管制规范;转介则是指法官在审理民事案件时,通过民法中的管道性条款的授权斟酌适用管制规范。^[31]转介条款只是“概括的转介某个社会伦理或公法规定,对于它在私法领域的具体适用,如何与私法自治的价值适度调和,都还未作成决定。司法者站在公私法汇流的闸口,正要替代立法者去做决定:让公法规范以何种方式,以多大的流量,注入私法”。^[32]

比较而言,引致规范更清晰、更易操作,但只是个别的指引;转介规范更模糊,更依靠法官的裁量,但也更具体系上的重要性。现代民法典中,转介条款的主要功能即在于配合其“普通法”的定位,在不损伤民法典中立性的同时,一般性地“内建引进特别法的管制政策的管道,以调和国家管制和社会自治空间的矛盾”,为此,必然只能采取概括条款的方式;而概括条款的特征在于无法用一个简单而绝对的解释去一劳永逸地处理所有的问题,因此其操作只能通过案例法的方法,“通过逐案累积的类型,‘归纳’成较为具体的、可预见性较高的权衡规则,再慢慢摸索出贯穿规则之间的体系”;并且,尽管“概括条款最终还是要走到公式化、高度可预见的境界,但其高度抽象的要件使其规范力的用尽可以遥遥无期,让法官始终可以就‘特别’情形创造

[29] 参见苏永钦:“借箸代筹中华人民共和国的民事立法”,载苏永钦:《寻找新民法》,页42。

[30] 同上注,页58-59。

[31] 参见解亘:“论管制规范在侵权行为法上的意义”,《中国法学》2009年第2期。

[32] 苏永钦:“再论一般侵权行为的类型”,载苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,页331。

不同具体规范以为响应的空间”。〔33〕

整体来说,我们对转介条款的价值尚缺乏足够的重视。苏永钦教授认为,我国台湾地区“民法”中有三个主要的转介条款,一是针对法律行为的第 71 条,〔34〕二是针对侵权行为的第 184 条第 2 款,〔35〕三是针对所有权的第 765 条。〔36〕这三个条款分别处于民法典的总则编、债编和物权编,涵盖了形成民事主体之间法律关系的主要原因。对应于我国民法的话,类似于第 765 条的应是《物权法》第 7 条,但该条采取的是一种典型的平淡无奇的基本原则式的规定方式,多数意见也只是认为该条是对物权取得和行使的概括限制,包括公法上的限制和私法上的限制,而非从转介条款角度加以说明,其可能具有的规范功能基本被忽视。〔37〕由于《侵权责任法》第 6 条第 1 款采用了大的一般条款模式,而没有像第 184 条那样分为三个小的一般侵权条款,我国侵权法上也就没有对应于第 184 条第 2 项的转介条款,要勉强解释出来需大费周章。〔38〕相当于第 71 条的应是《合同法》第 52 条第(五)项,这是我国民法中唯一比较明确、也最受重视的转介条款。〔39〕关于该条最重要的解释问题是,合同违反法律、行政法规强制性规定的是否都无效? 2009 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第 14 条对此做出了一个重要限制,即第 52 条第(五)项所称强制性规定仅指效力性强制性规定,以区别于其他不影响合同效力的管理性规定。但这样一个限缩并不能完全解决问题,如何判断强制性规定是效力性的还是管理性的? 违反了强制性规定,在有效与无效之间是否

〔33〕 苏永钦:“以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的比较与操作建议”,载苏永钦:《寻找新民法》,页 300—302。

〔34〕 我国台湾地区“民法”第 71 条:“法律行为,违反强制或禁止之规定者无效。但其规定并不以之为无效者,不在此限。”有关该条的研究,参见苏永钦:“违反强制或禁止规定的法律行为”,载苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社 2004 年版,页 30—52。

〔35〕 我国台湾地区“民法”第 184 条第 2 款:“违反保护他人之法律,致生损害于他人者,负赔偿责任。但能证明其行为无过失者,不在此限。”有关该条的研究,参见苏永钦,见前注〔32〕,页 300—334。

〔36〕 我国台湾地区“民法”第 765 条:“所有人,于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉。”关于第 765 条是转介条款而非仅有界定功能的讨论,参见苏永钦:“从动态法规范体系的角度看公私法的调和——以民法的转介条款和宪法的整合机制为中心”,载苏永钦:《寻找新民法》,页 260 以下。

〔37〕 《物权法》第 7 条:“物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。”对该条的解释,参见孙宪忠主编:《中国物权法:原理释义与立法解读》,经济管理出版社 2008 年版,页 102—103。

〔38〕 《侵权责任法》第 6 条第 1 款:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。”葛云松教授认为应当将《侵权责任法》第 6 条第 1 款作目的性限缩解释,使其实质上与德国模式(也就是我国台湾地区“民法”第 184 条的模式)相同,并进行了精彩的论证。参见葛云松:“《侵权责任法》保护的民事权益”,《中国法学》2010 年第 3 期;“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”,《中外法学》2009 年第 5 期。另可参见朱岩:“违反保护他人法律的过错责任”,《法学研究》2011 年第 2 期。

〔39〕 《合同法》第 52 条第(五)项:“有下列情形之一的,合同无效:……(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”较近的研究参见刘凯湘、夏小雄:“论违反强制性规范的合同效力——历史考察与原因分析”,《中国法学》2010 年第 1 期;钟瑞栋:“强制性规范的解释与适用——公法与私法‘接轨’的司法途径”,《比较法研究》2010 年第 5 期;宁红丽:“民法强制性规范的反思与优化”,《法学》2012 年第 4 期。

可能发生其他的法律效果?这些仍然有待细化。^[40]

在民法典模式下,转介条款沟通民法典与管制法的功能尤其突出。转介条款概括提供了法律之间的接口,能够在需要的时候将特定的管制法“拉”进来。因此,转介条款大大消解了民法典在表面上所具有的封闭性,是民法典能够求纯的重要原因。

(三)民法典与宪法

在2005年一封公开信引爆《物权法(草案)》的违宪争议后,关于宪法—民法关系有了更多面向的讨论,并且宪法学者和民法学者均有参与其中。一些民法学者强调私法的根本性,认为私法是宪法和其他部门法的基础,或至少是与宪法分庭抗礼的,即“民法和宪法分别是调整经济生活和政治生活的基本法”。^[41]一些宪法学者则认为,“民法至上论是毫无历史依据和现实根据、违反法律生活常识的臆想,”“法治国家、法治社会更需要私权利—公权力平衡意识,以及个体利益—公共利益平衡意识。”^[42]然而,细看这一争论,却发现多少有点“错位”:宪法—民法关系并没有一个持续不变的应然内涵,而更多是历史性的。

从历史上看,民法典往往是在成熟的宪法体制建立之前制订的。在19世纪,“欧洲各国民法典制定过程中关注的中心议题,是如何对待先前的共同法传统,如何处理被认为具有普遍性的罗马法与体现了特殊性的地方习惯法的关系问题。这一问题在法国表现为成文法与习惯法的互动,在德国则表现为罗马法学派与日尔曼法学派的论辩,”宪法—民法问题并不重要。^[43]并且,我们现在视为宪法性的那些价值判断(如自由权、财产权),当时正是首先通过民法典做出的,因此,说民法典曾在法律体制中具有一种实质上的“宪法性”地位,亦不为过。^[44]但民法典的这一地位由于自身衰落和宪法崛起而早被雨打风吹去。

那么,为什么我国很多学者仍然坚持私法的根本性或优先性呢?一方面固然可能是因为一种悠久的意识形态,即基于“公法—私法”、“政治国家—市民社会”的两分,民法具有相当的独立性;^[45]另一方面则可能与我国民法特殊的发展过程有关。我国《宪法》虽几经修改,但一直没有司法上的实效。在剧烈的社会、政治、经济变迁之中,《宪法》往往起的是一个事后确认和宣示的作用。某种程度上可以说,民法早期的发展是自己“摸着石头过河”。在这种情况下,《宪法》的权威要想得到真正的尊重就很困难了。^[46]

[40] 参见苏永钦,见前注[33],页303—308。

[41] 赵万一:“从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制定的基本理念和制度构架”,《中国法学》2006年第1期。另可参见郝铁川:“〈物权法(草案)〉违宪问题之我见”,《法学》2006年第8期。

[42] 童之伟:“宪法民法关系之实像与幻影”,《中国法学》2006年第6期。

[43] 薛军:“‘民法—宪法’关系的演变与民法的转型”,《中国法学》2010年第1期。

[44] 同上注,页81以下。

[45] See Robert H. Mnookin, “The Public/Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation”, 130 *U. Pa. L. Rev.* 1429(1982).

[46] 吊诡的是,或许正是由于民法风头太盛,宪法寂寂无闻,才引发了这一场关于《物权法》是否违宪的风波。人们很希望能在有实效的民法中规定一些蕴含宪法性价值的东西(如关于所有制和征收的规定),而这又实在是民法“不能承受之重”。“当我们把约束权力的重任不适当地从宪法上转移到民法上时,民法中不可避免地被不适当地塞进许多非私法性质的规范,从而降低了民事立法的质量。”参见张善斌、赵光:《也论民法的地位与功能》,《法学评论》2009年第3期。

然而,对于民法典来说,宪法—民法关系恰恰构成公私法接轨的另一个重要途径。现代民法典均处于一定的宪法体制之下。随着大陆法系主要国家宪法审查制度的发展,“法律制度的中心内容也就随之出现了由民法典到宪法、由私法到公法、由普通法院到宪法法院、由法律实证主义到宪法原则的剧烈转变。”〔47〕通过合宪性解释、合宪性控制、第三人效力、〔48〕民法中的一般条款(例如诚实信用、公序良俗、显失公平、一般人格权等)〔49〕等管道,宪法已大大改变乃至彻底改造了民法的面貌,其影响未必是形式上的(民法典条文可能一仍其旧),却是实质化的。〔50〕这种宪法的垂直整合机制如能适当运作,可以“使宪法代表的价值秩序向下浸润整套法规范体系,而间接地消化公私法之间的矛盾”,同时以宪法为轴心,各公私法域不断将新社会事实输入宪法,渐渐统一于宪法价值秩序之下。〔51〕

我国《宪法》(2004年修正)对于民法典秉持的核心价值也基本进行了宣示,如依法治国(第5条)、私产保护(第13条)、市场经济(第15条)、人权保障(第33条、第38条)等。在应然的意义上,未来的民法典也正是建立在这种宪法体制之上。民法典作为基本法,只是为交易划下基本的底线,包括人类的生理极限、自治本身制造的交易成本划出的合理界限和宪政价值(尤其是人权保障)的底线。〔52〕民法典的中立性或者“去政治化”,是指中立于各种具体的政策考量,不作为特定政策目标的实现工具,而并非绝对的价值无涉。民法典当然是有价值底色的,这种底色是由根本性的宪政价值决定的。〔53〕

〔47〕 (美)梅利曼:《大陆法系》(第二版),顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,页154。

〔48〕 “宪法规范的第三人效力”理论发源于德国,See Hannes Rösler, “Harmonizing the German Civil Code of the Nineteenth Century with a Modern Constitution”, 23 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 1(2008).

〔49〕 我国学者关于民法一般条款的概括研究,参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,页291—299;朱岩:“民法典一般条款研究”,《月旦民商法研究》2005年第7期;谢晓尧、王思罕:“论一般条款的确定性”,《法学评论》2004年第3期。

〔50〕 参见薛军,见前注〔43〕,页89以下。哈贝马斯视这种“私法的实质化”为一种重要的法律范式的变化。参见(德)哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2011年版,页486以下。

〔51〕 苏永钦,见前注〔36〕,页289。

〔52〕 苏永钦,见前注〔29〕,页42—43。

〔53〕 近来很多学者强调民法典的人文关怀,对人的保护,尤其是对弱者的保护,参见薛军:“人的保护:中国民法典编撰的价值基础”,《中国社会科学》2006年第4期;王利明:“民法的人文关怀”,《中国社会科学》2011年第4期;许德风:“论民法典的制定与弱者保护”,《广东社会科学》2012年第1期。尊重人权、保护弱者,当然是民法的价值基础,但是,这需要民法典乃至广义民法积极行为到什么程度则是值得讨论的。本文阐述的“民法典模式”的思路是,“这些民法并非不管,但民法典最好不管,可以留待更具政策色彩的特别民法去管。”法律经济学家则更进一步,非常雄辩地论证了为什么私法规则在整体上来说不适合用作实现再分配功能的工具(有目标定位不准确、规则后果难预期、交易成本偏高、激励机制扭曲等缺陷),这并不否认个别场合下私法可以用作再分配,更不是认为再分配不重要,而是说,一般而言,税收、转移支付等可能是更适合的工具。See Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, 6th edition, Pearson/Addison-Wesley, 2012, pp.7—9. See also Louis Kaplow and Steven Shavell, “Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income”, 23 *J. Legal Stud.* 667 (1994).

(四)小结

现代民法典面临的主要困境是如何在保持自身体系性、逻辑性的同时,容纳更多元的价值和更多层次的规则,调和日益复杂的自治与管制之间的关系。民法典自身一味地扩张并非上策,这不仅可能导致体系的崩塌,更重要的是会造成民法典的“失焦”。

民法典模式试图在保持规则和价值一般性的基础上最大程度地解决这一困境,而这一点之所以能够实现,所倚仗的是法典内外三个极为关键的出口:即宪法的整合机制、民法的转介条款和特别的单行立法。^[54] 宪法确定了价值冲突不可逾越的最终界限,宪法价值的整合能间接消融公私法碰撞带来的冲击,为民法划定一道自治的底线。转介条款的运用和单行立法的配合能够在维持民法典自身体系性的同时,回应开放的管制需要和政策目标。现代民法典的使命正在于,“在一个相互衔接的总体法律制度之中,追求民法本身的真正目标,那就是保障个人的自由,以及为合同自由和结社自由的行使、为保护所取得的权利以及为此种权利的行使、为财产自由和为为人格发展领域的不可侵犯制定恰当的规则。”^[55] 民法典正是以其自持,而达其稳定,而达其开放,而成为私法自治的稳固基石。

三、民法典的体系:继承与创新

法典化就是体系化。关于民法典的讨论,最终还是归结到民法典的体系结构上来。然而,体系并非一个自决的问题,只有对一系列前置性问题有比较清晰的认识,关于体系的讨论才能真正具有方向感。^[56] 在讨论了民法典的功能和格局,明确了民法典的目标在于以内外种种机制保持开放性的基础上,本身仍保持作为基本法的一般性和原则性,那么体系问题也就变成了这样一个问题:哪种安排能够更好地实现这一目标?

从前述讨论可以看出,民法典的三个出口中,宪法机制和转介条款的技术性很强,立法固然很重要,更多的却还是有赖于司法上类型化的积累。部门民法与民法典的分工协调是重要的体系问题,但从既有的各种草案来看,需要民法典去整合的还是比较传统的财产法和人身法内容,大多数已经成型的单行法被认为仍然适合留在民法典外。因此,真正有全局性意义的体

[54] 薛军教授认为,民法的立法和研究必须具有更多的政策导向意识,纯粹私法性定位的民法模式在意识形态、价值观立场和社会政策方面的“中立化”企图及其形式主义和技术主义的学理姿态,应当受到批判。参见薛军:《两种市场观念与两种民法模式》,《法制与社会发展》2008年第5期。这是很精辟的批评。但如果对民法典的“一般性”采取更宽泛的、更具时代性的认识,再结合这几种公私法融合的管道,政策导向不足的问题应可大大缓解,同时民法典模式具备的其他优势也得以保持。

[55] (德)施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,页57。

[56] 一度是争论焦点的关于是否制订一部松散的、邦联式的还是体系性的民法典,是制订一部封闭型的还是开放型的民法典的讨论,实际上远不只是关于体系,而更是关于民法典功能和格局的问题。参见梁慧星:“当前关于民法典编纂的三条思路”,《中外法学》2001年第1期;江平:“制订一部开放型的民法典”,《政法论坛》2003年第1期。

系问题实际上只剩下两个：一是民法典总则，二是债法总则。^{〔57〕}

（一）民法典总则

关于我国未来民法典总则的设计，主要有“大总则”和“小总则”两种思路。^{〔58〕} 第一种思路是在《民法通则》规定的基础上制订一个“大总则”。即在总则编内规定权利主体（自然人、法人、非法人团体）、客体、法律行为及代理、时效等制度。梁慧星教授、王利明教授等都支持这种思路。^{〔59〕} 第二种思路是改造总则编内容，设立一个“小总则”。例如，陈小君教授认为可以设立包含一般性条款和技术性规定的“小总则”（序编），而将传统总则中的法律行为、权利客体和诉讼时效等内容在财产法中单独设总则予以规定。^{〔60〕}

如果以德国民法典总则为参照的话，第二种模式下总则已名存实亡。德国民法典的总则编代表了体系化的高峰，优点和缺点同样鲜明。为了保持总则的普遍适用性，规则不得不以一种非常抽象的方式加以表述，在具体适用时则要参照各编明确规定的例外或由规范目的解释推导出各种例外，这种复杂的关系无疑增加了民法典理解和适用的困难；而其优点则在于，将在整个私法领域共同适用的事项加以归纳，避免了重复或大量使用准用性的规定。^{〔61〕} 这种提取“公因式”方法运用的极致、也是总则编的精髓就是法律行为。

法律行为概念的抽象，其主要目的显然并非为了涵盖较特殊的身份行为与继承行为，而是以负担行为（债权行为）和处分行为（物权行为）的区分为基础。关于我国民法是否应采纳物权行为，一直未有定论。《物权法》出台后，主流意见似认为该法并未承认独立的物权行为。^{〔62〕}

〔57〕 在有关民法典体系的讨论中，与财产法相比，人身法较不受重视。从比较法上看，各国监护制度的改革显示人身法内也可能出现类似财产法体系性变革的契机。例如，山本敬三教授就认为，在成年监护制度改革后，一旦不再将监护制度作为亲属法上的制度，亲属法的框架，进而以财产法和以亲属法为主轴的家族法的二分框架是否还能维持，未必无疑，因此其中可能隐藏了重组民法典体系的可能。参见（日）山本敬三：《民法讲义Ⅰ：总则》（第三版），解亘译，北京大学出版社2012年版，页41—42。

〔58〕 “大总则”和“小总则”的思路在我国现行立法中也多有体现。表面上看，我国立法者很喜欢总则一分则的体例。但有的总则名副其实，如《合同法》、《物权法》的总则；有的则徒有其名，如《国家赔偿法》的总则只有区区两条，《道路交通安全法》的总则有七条，几乎都没有实质性的规范意义。

〔59〕 参见梁慧星：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2005年版，页1—44；王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由（总则编）》，法律出版社2005年版。其他支持意见参见尹田：“民法典总则与民法典立法体系模式”，《法学研究》2006年第6期；杨代雄：“私权一般理论与民法典总则的体系构造”，《法学研究》2007年第1期；韩松：“论我国未来民法典总则编结构”，《当代法学》2012年第4期。

〔60〕 陈教授设想的“小总则”仅规定民法的渊源、民法的解释及适用、民法基本原则、权利的行使等内容。参见陈小君：“我国民法典：序编还是总则”，《法学研究》2004年第6期。其他支持小总则的意见，参见薛军：“法律行为理论：影响民法典立法模式的重要因素”，《法商研究》2006年第3期。

〔61〕 参见（德）梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，页24—29、31—35；王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，页21—22。

〔62〕 参见王利明：《物权法研究》（修订版），上卷，中国人民大学出版社2007年版，页269以下；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第四版），法律出版社2007年版，页83以下。认为《物权法》实际上在很多地方体现了物权行为理论的意见，参见葛云松：“物权行为：传说中的不死鸟”，《华东政法大学学报》2007年第6期；孙宪忠：“我国物权法中物权变动规则的法理评述”，《法学研究》2008年第3期；田士永：“〈物权法〉中物权行为理论之辨析”，《法学》2008年第12期。

在这种情况下,再在总则中规定法律行为的意义就大大下降了,整个总则编的意义也因此大大下降了。总则编的其他内容如自然人、法人、物、代理等原本是否适合在总则中规定,就大有争议。总则编旨在统摄各编,然而各编内容差异甚大,尤其是亲属法、继承法具有与财产法迥异的许多特色,总则编的许多内容实际上很难普遍适用。例如诉讼时效制度、法人制度等,与身份法的关系实在不大;自然人的监护保佐、宣告死亡等与财产法也相离甚远。若不设总则,这些制度各回各“家”也未必不合适。^[63]

因此,如果要制订真正意义上的总则,就必须回归负担行为与处分行为的区分。从法律行为的性质来说,要否认物权行为的独立性在逻辑上是无法自圆的。所谓法律行为,就是“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示。此种效果之所以得依法产生,皆因行为人希冀其发生。法律行为之本质,在于旨在引起法律效果之意思的实现,在于法律制度以承认该意思方式而于法律世界中实现行为人欲然的法律判断”。^[64]那么,如果当事人有希望直接发生权利变动的意思,或者发生债务产生与权利变动效果分离的意思,只要符合法律行为生效的其他要件,法律没有任何理由不予以承认和保护。我们更不能从事实层面反驳说,当事人不可能产生这种意思——在自治的合法限度内,一切皆有可能。从技术和价值的角度,有学者已经很雄辩地证明了物权行为理论对于解释远期交易、附所有权保留的买卖、代物清偿等具有明显的优越性,也可以更好地保护交易安全、降低交易成本。^[65]至于现行法是否承认负担行为与处分行为的区分,如果说《合同法》第51条^[66]晦暗不明的话,《物权法》第15条^[67]和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第15条^[68]已经很明显地体现了物债分离的趋向,2012年《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》第3

[63] 朱庆育教授认为尚可保留法律行为概念,但他也把总则编打散了,提出了一个很有意思的结构:权利主体独立成编,置于法典编首;作为物权客体的物归诸物法;诉讼时效、权利担保、自力救济等落户债法;法典前后增设序章与附则,前者规定权利行使的一般原则及必要的法源规范,后者则处理时间的计算、法典时空效力等附随问题;总则编就势直接改称法律行为,位列第二编,居权利主体之后。参见朱庆育:“法典理性与民法总则——以中国大陆民法典编纂为思考对象”,《中外法学》2010年第4期。

[64] 德国民法典《立法理由书》第1卷,页126。转引自梅迪库斯,见前注[61],页142-143。

[65] 参见葛云松:“物权行为理论研究”,《中外法学》2004年第6期;苏永钦:“物权行为的独立性与无因性”,载苏永钦:《私法自治中的经济理性》,页121-152。

[66] 《合同法》第51条:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”关于该条的解释,学者间莫衷一是。参见崔建远:“无权处分辨”,《法学研究》2003年第1期;王利明:“论无权处分”,《中国法学》2001年第3期;葛云松:“论无权处分”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第21卷),香港金桥文化出版有限公司2001年版。

[67] 《物权法》第15条:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”

[68] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第15条:“出卖人就同一标的物订立多重买卖合同,合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形,买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权,请求追究出卖人违约责任的,人民法院应予支持。”

条则可以宣告争议的尘埃落定。^[69]

还有一种反对物权行为乃至法律行为概念、因此也可能构成对总则的批评的意见，是认为这些概念不够通俗，远离生活。但“恰恰在这样一种生活问题由于经济和技术的发展而变得日益错综复杂”的时代，“想要搞出一部通俗易懂、每个人都能毫不费力地从中找出合法与非法的法典，只能是乌托邦式的空想。”^[70]同时，这种见解也忽视了民法的一大特征，即民法规范主要是裁判规范，民法典预设的主要读者是法官（法律人），而不是老百姓。民法规范的主要功能并不在于像管制法那样被民事交易者“遵守”，而是在“私人之间的意思表示不明确、欠缺或违反强行性法规时，为裁判者提供一种裁判的准据”，“作为裁判准据的任意规范亦是在理性的社会成员中所通常采取的行为模式之中抽象出来的，事实上它依然依附于当事人的意思自治。可见，民法典编撰的规范意义主要在于为裁判者立法。”^[71]以通俗性为理由对物权行为、法律行为和总则所做的很多批评是不能成立的。

（二）债法总则

债法总则对于民法典体系的影响可能比民法典总则还大。是否制订债法总则、如何制订债法总则、是制订债法总则还是财产法通则，直接关系到合同法、侵权法、物权法等内容安排。关于债法总则的体例，目前主要有三种思路。第一种思路是制订一个统领合同法、侵权法及不当得利、无因管理等制度的大债法总则。^[72]第二种思路是制订一个在侵权法与合同法分立、侵权法独立于债法前提下的小债法总则。^[73]这种思路与学者们对债的概念、债与责任的关系、债法与侵权责任法的关系、侵权责任法是否应独立成编的态度结合在一起。^[74]第三

[69] 《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》第3条：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”在理论界还争论不休的时候，由实务界首先做出选择也许并非偶然。这也说明了在法律行为制度下负担行为与处分行为的区分有其必然性，对于裁判者来说也是有益的思考起点。

[70] 参见施瓦布，见前注[55]，页30。专业化、精确化是必须的，问题是法律术语与日常用语的必要距离应当有多远。从我国现状（如大量民事诉讼并无律师参加）、既有立法习惯及中文特点等方面来看，追求民法的精确和逻辑无需、也不可能达到德国民法典那样的程度。考虑到财产法领域国际化趋势，民法典采纳的概念和语言也应具备较广泛的可接受性。茨威格特和克茨评论说，如果欧洲民法典的目标能够实现的话，也会是瑞士民法典的风格，而不是德国民法典的风格将被作为立法走向。参见（德）茨威格特、克茨，《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，页263—264。

[71] 朱庆育：“民法典编纂中的两个观念问题”，《北大法律评论》2001年第4卷第2辑，页566。当然，说民法规范主要是裁判规范，并非否认有些民法规范主要是行为规范或兼具裁判规范与行为规范的作用。

[72] 参见柳经纬：“我国民法典应设立债法总则的几个问题”，《中国法学》2007年第4期；崔建远：“债法总则与中国民法典的制定”，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2003年第4期。

[73] 参见王利明：“我国民法典体系的再思考”，《人大法律评论》2003年卷（总第五辑）。

[74] 参见魏振瀛：“论债与责任的融合与分离——兼论民法典体系之革新”，《中国法学》1998年第1期；王利明：“合久必分：侵权行为法与债法的关系”，载《法学前沿》（第1辑），法律出版社1997年版。

种思路是不设立债法总则，^{〔75〕}债法总则中大量内容仍可留在合同法总则，或者可以参照新荷兰民法典的做法，将民法典总则中财产法性质的规范和传统债法总则中相关的规范，以及其他共通性的财产法规范，整合为一个财产法通则。^{〔76〕}

自德国民法典之后，物债二分已经成为大陆法系民法典体系化最重要的结构性要素。在坚持物债二分的前提下，债法总则仍有其体系上的重要意义，并不仅仅是对总则一分则体例的维持，也不仅仅是给似乎很难在其他地方歇脚的不当得利、无因管理等内容一个栖身之所。“债”是一种高度技术化的抽象。尽管现代合同法和侵权法的内容都大大丰富了，异质性也增强了，但在技术上仍然有大量共通性的规则，例如债的效力、债的移转、债的消灭、债的担保、按份之债/连带之债、多数人之债等。这一点也并不会因为将侵权责任认定为一种责任而非债务而在实质上改变。这些共通规则如果不在债法总则层面予以规定的话，势必要大量运用指示参照的技术，增加法律适用的复杂性。^{〔77〕}当然，在合同法和侵权法的内容均已膨胀之后，再将侵权法全部放在债法总则的债之发生部分就不太合适了；如保留合同法总则，也需要协调债法总则和合同法总则的内容。因此，大的债编的内部体例仍有调整空间。^{〔78〕}例如，可以在债法总则之后紧接着设置合同法和侵权法两个分编，这样也可以照顾到《合同法》和《侵权责任法》已经成型的事实，降低法典整合的难度。

如果物债二分被动摇，债法、财产法乃至整个民法典的体系也将面临重大变革。苏永钦教授认为，建立在以下三个经过反复论证的前提之上，物权法定已不可坚守，^{〔79〕}物权编也已无独立存在的必要：（1）财产取得采分离并无因的原则，更能适应未来社会的复杂性；（2）物权法定主义在登记成本因电子化而大幅降低后将无法合理化；（3）物权如可因登记而自由创设，将和债权一样只是基于合同所生的可转让或不可转让的行为权，登记可使这种行为权具有普通债权没有的对世性，未登记则只能对合同相对人主张。^{〔80〕}在这种情况下，新荷兰民法典所采取的登记物与非登记物的区分就比传统的不动产与动产的区分更为重要了。登记物与非登记

〔75〕 几种支持废除债法总则但有不同理由的意见，参见覃有土、麻昌华：“我国民法典中债法总则的存废”，《法学》2003年第5期；马俊驹、曹治国：“守成与创新——对制定我国民法典的几点看法”，《法律科学》2003年第5期；许中缘：“合同的概念与我国债法总则的存废”，《清华法学》2010年第1期。

〔76〕 例如，马俊驹教授和梅夏英教授虽然仍支持保留民法典总则，但认为传统的总则没有能有效地起到区分财产权和人身权，对财产权利体系缺乏科学的整合，因此应当采用财产法总则这种中介性立法层次，以有效整合财产关系、厘清财产关系和人身关系，在法典的统领性和立法专门化之间寻求合理平衡。参见马俊驹、梅夏英：“我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想”，《中国法学》2004年第4期。另可参见吴汉东：“论财产权体系——兼论民法典中的‘财产权’总则”，《中国法学》2005年第2期。

〔77〕 例如，在现行法下，各种法定之债的履行、变更等都缺乏直接的法律依据，即使勉强找到《民法通则》第106条第1款作为依据，由于该款规定过于抽象，仍然要准用合同法中的大量规定。

〔78〕 例如，薛军教授建议在债法总则中规定“债的一般规定”后，设置“合同之债的一般规定”和“侵权行为之债的一般规定”两章来分别调整合同法与侵权法的主要制度和原则，再在债法分则中规定各种合同和各种侵权行为。参见薛军：“论未来中国民法典债法编的结构设计”，《法商研究》2001年第2期。

〔79〕 参见苏永钦：“物权法定主义松动下的民事财产权体系”、“可登记财产利益的交易自由”、“法定物权的社会成本”，载苏永钦：《寻找新民法》，页117—247。

〔80〕 苏永钦，见前注〔8〕，页24—25。另可参见苏永钦：“物权法定主义的再思考”、“物权行为的独立性与无因性”，载苏永钦：《私法自治中的经济理性》，页84—152。

物这种二分法“一针见血地扣紧了现代财产法规则的重心——不在于是否动产、不动产、权利、应有部分、空间、次序或其他可特定的利益，而在于各可特定的利益是否可以登记，绝大部分的财产法规则实际上是建立在可否登记的基础之上”，因此，“以登记作为财产法的结构性因素，已为未来民法指出了正确的方向。”〔81〕

没有了物权编，也就不再需要专门的债编。所有权之外的各种用益物权和担保物权都可以变为合同法上的典型合同，各种财产权关系的发生、存续与消灭则可在财产法通则中统一规定。因此，在以财产权关系统合债法和物法后，可形成这样的格局：首先，“以所有权为产权秩序的出发点，然后规定形成相对关系和终局定分的契约，把诚信原则引申出的情事变更、定型化契约的控制和不当得利，作为一般的衡平制度”；其次，在各种财产权关系中规定原来的债法和物法整合后的各种类型，以及无因管理、法定地上权、抵押权、留置权、先买权等法定的财产关系；最后，将侵权行为和合法行为所生的赔偿和补偿责任整合成独立的民事责任编。〔82〕这种体系安排方式，可能是更接近社会和更具功能导向的。

这样一幅民法典的图景无疑是雄心勃勃的，尽管可能因为过于超前而无法被我们接受。但其中蕴含的意味却是具有启发性的。这提醒我们应当充分重视登记制度的作用。在短期内，不动产登记逐步完善有助于不动产的交易与管理；长期内，登记制度公信力的增强，登记程序和方式的改进，登记范围的扩展，也许能在财产法内完成一场“静悄悄的革命”。〔83〕此外，即使民法典尚不可能完全松动，也不宜再像《物权法》那样坚持如此强硬的物权法定，而应当有所缓和，并在考察实践需要的基础上适当前瞻地增加物权种类。〔84〕

（三）小结

在有关民法典的讨论中，体系问题毫不意外地占据了最多的笔墨。似乎总要在体系上有所创新，才对得起“新”民法典之谓。从不同的角度看，创新既可以是最简单的，也可以是最困难的。说简单也简单，学者们提出了很多不同的方案，每一种方案都各出心裁。说困难又困难，并没有哪一种方案能令人耳目一新又令人信服。其实，创新与否，实不必过于执着。一来，对于我国未来民法典而言，如果“继承”是指转益多师后对先进经验的吸收，那么继承本身就是一种创新；二来，体系是思想的反映，我们所追求的并不仅仅是新，而是新且符合目的，因此，能够回应新挑战、适应新需求的体系，就是新体系。〔85〕

〔81〕 苏永钦，见前注〔18〕，页 85；见前注〔8〕，页 25。

〔82〕 苏永钦：“物权法定主义松动下的民事财产权体系”，见前注〔79〕，页 157。关于物权法定原则和物权自由原则下财产法体系的对比，参见苏永钦：“可登记财产利益的交易自由”，见前注〔79〕，页 190—192。

〔83〕 《物权法》第 10 条第 2 款规定：“国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。”2013 年 3 月 26 日《国务院办公厅关于实施〈国务院机构改革和职能转变方案〉任务分工的通知》（国办发〔2013〕22 号）要求在 2014 年 6 月底前出台统一的不动产登记条例。

〔84〕 在物权法立法过程中，曾有许多关于典权、居住权、空间权等他物权的讨论，但最后《物权法》仅规定了最为中规中矩的几种他物权，甚至连深具传统的典权都放弃了。相反，修正后的我国台湾地区“民法”虽仍坚持物权法定，但已留下一个口子，即习惯也可创设物权（第 757 条：“物权除依法律或习惯外，不得创设。”）。

〔85〕 “如果人们不把法典编纂当作一种形式，而看成是对某种思想的表示并试图理解这种思想，从而弄清它为什么要通过法典形式表示出来，”人们就更加能够了解法典的意义。参见梅利曼，见前注〔47〕，页 26。

在这个意义上说,人格权独立成编当然是一种创新,但未必真的重要。作为绝对权的人格权,“既不像所有权那样,得以交易或非交易方式发生得丧变更,也不像具有关系权性格的限制物权那样,和所有人之间从其成立到消灭都有相当多值得规范的东西,”因此,人格权法的内容相对比较单薄,除绝对权请求权外,基本上就是关于权利内涵、类型的规定的堆砌,大部分都属于“为他人作嫁衣裳”的不完全法条,独立成编在技术上虽不困难,但未免勉强。^[86]而对于民法典总则来说,法律行为是私法自治最重要的工具,具有极强的辐射力,法律行为的规则广泛适用于民法典其他各编和散落于民法典外的其他民商事法律,所以,摒弃成见,回归传统,接受负担行为与处分行为的区分,不仅使得总则真正具有了体系上的重要性,也有利于民法典作为基本法的功能的实现。对于债法总则来说,“债”的概念沟通了民法典与特别民法之间的关系,由于债法在许多商事法律(如票据、保险、证券、破产等)的基础,在民商合一的体例下,债法总则有潜质成为整个交易法的总则。^[87]因此,看上去不过是依循旧例的民法典总则与债法总则却未必就不是一种创新。

四、结 语

民法典编纂是天生的战场。^[88]民法典是一种形式,但绝不仅仅是一种形式,更非形式主义。关于民法典的讨论,实际上可以说是(或可以能成为)市场与法治、自治与管制、理性主义与经验主义、程序正义与实质正义、法律移植与本土资源等重大议题的映射,反映了一国的政经体制、司法状况、法律传统、民族文化等,不可谓不重要。^[89]

本文的主旨并不在于对民法典问题做全面的探讨,而仅在于小小“三思”,从价值、格局、体系三个大的方面再次回顾有关民法典的纷纭讨论,重点则在于强调这样一个逻辑:我们必须首先明了民法典位于什么样的时代背景之下,才能看清民法典面临的真正挑战,才能理解民法典

[86] 参见苏永钦,见前注[18],页85—86。我国学者中赞成人格权独立成编的意见,参见王利明:“人格权制度在中国民法典中的地位”,《法学研究》2003年第2期;薛军:“人格权的两种基本理论模式与中国人格权立法”,《法商研究》2004年第4期;马俊驹、张翔:“人格权的理论基础及其立法体例”,《法学研究》2004年第6期。反对人格权独立成编的意见,参见梁慧星:“中国民法典编纂中的几个问题”,载《人民法院报》2003年4月30日;米健:“民法编纂——人格权不宜独立成编”,载《人民法院报》2004年10月15日;尹田:“论人格权独立成编的理论漏洞”,《法学杂志》2007年第5期。

[87] 参见王利明,见前注[22],页603—604,623—626。

[88] 参见封丽霞:“世界民法典编纂史上的三次论战”,《法制与社会发展》2002年第4期。

[89] 在这方面,很值得参考的是欧洲民法的法典化尝试以及其间的思潮、范式转变。2001年,海塞林克乐观地表示,“总体来看,欧洲反形式主义的趋势,无论从其论据抑或数量而言,都远远强于形式主义趋势。有鉴于此,我们必定能够得出如下结论:在欧洲,我们正在面对私法方法从较为形式化、教义化、实证主义朝向一种更以实质结果为导向的实用主义方法转变。”然而,近10年之后,在给其著作中译本所作序言中,他不得不承认,“在完成本书近十年后,我认为,可以不失公允地大体得出这样的结论:虽然存在从相对形式化、教义式与实证主义的国内法律文化朝向一种更加注重实质效果以及实用主义的欧洲法律文化转变的诸多迹象,但今时今日诸多彰显新形式主义的发展趋势较之我写作本书之时表现得更为强劲。”为什么会发生这样的变化,值得深思。参见海塞林克,见前注[9],页16、206。

所应追求的目标以及目标与约束条件之间的张力,才能准确定位民法典在整个法律体系中的格局,才能在这样的格局中找到体系化的方向和意义。

古典私法时代的前提始终是“寻绎出一种可靠的方法,将其时代的所有问题素材安排进一个精神秩序内”,但这种私法的内在统一性早已土崩瓦解。^[90] 这就是“现代”的意义。“现代”民法典意味着,在解法典化、宪法化、超国家的立法^[91]等潮流的冲击下,法典的编纂就是法典的重构,即使不是体系的重构,也是理念的重构。当我们今天说“民法典是私法自治的基本法”时,我们并非在说民法典可以或应当自成一个自治的王国,而是在说民法典应当也依然可以成为一个自治王国的首都。为此,民法典应当通过其与部门民法的功能区隔,通过各种公私法沟通管道的作用,通过有逻辑、合目的的体系安排,建构起一个稳定而开放的结构,以成为自治规则的母体和自治价值的依归。为了有所为,而先有所不为,这无疑是一种比较委婉、因而可能显得保守的思路。但这种保守是建立在“进步”的背景下。民法典与其他法律、尤其是部门民法的平衡是动态的,而不是静止的。在“道路通向城市”的大浪潮中,民法典的保守是以不断发展着的市场、法治和社会观念为基础。^[92]

本文所梳理的是由体系往“上”的一个线索,往“下”所涉及的则是民法典内规范群具体的安排和规范具体的表达,其中同样涉及很多极为重要的问题。例如,对民法规范(尤其是任意性规范)性质和作用的理解,对法条理论的认识将直接影响民法典编纂的水平和功能发挥。^[93] 体系化所遇到的困难是一个有益的提示,提醒我们应当适当放缓步伐,在体系问题之外,往上、往下做更全面细致的思考。对于民法典这样的大工程而言,越是“眼高”,就越是不能“手低”,越是看上去接近终点,就越是应当“三思而后行”。回望近代以来我国民法典立法的崎岖之路,^[94]行百里者半九十,古人诚不欺我!

(责任编辑:薛 军)

[90] (德)维亚克尔:《近代私法史》(下),陈爱娥等译,上海三联书店2006年版,页587,523以下。

[91] 参见(秘鲁)玛丽亚·路易莎·穆里约:“大陆法系法典编纂的演变:迈向解法典化与法典的重构”,许中缘、周林刚译,《清华法学》(第八辑),清华大学出版社2006年版,页70。

[92] 这种辩解可能会令人想起苏力对他的“本土资源论”的辩护。苏力的观点也被质疑为过分保守,他则强调说,“借助中国的本土资源建立现代法治,正是在经济体制变革这一根本前提下。”参见苏力:《法治及其本土资源》(修订版),中国政法大学出版社2004年版,页14—16。

[93] 我国学者对于民法规范尤其是占主导地位的任意性规范的功能一直未给予足够重视,因此在民法典编纂过程中也很少关注合同法分则等部分的内容。较近的研究,参见杜景林:“合同规范在格式条款規制上的范式作用”,《法学》2010年第7期;宁红丽:“论合同类型的认定”,《法商研究》2011年第6期。我国立法者对法条理论也缺乏清晰自觉的认识,因此才会出现许多像《合同法》第97条、《担保法》第31条等这样在构成要件或法律效果上远不够清楚以及《物权法》第37条这样没有实质规范意义的规定,徒增解释和适用的疑难。关于法条理论,参见(德)拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,页132—159;黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第五版),法律出版社2007年版,页132—221。

[94] 参见韩强:“民法典的命运——新中国法制现代化的一个侧面”,载《社会主义与中国现代化:政治·法律与社会》,上海人民出版社2009年版,页452以下;杨立新:“百年中的中国民法华丽转身与曲折发展”,《河南省政法管理干部学院学报》2011年第3期。