

我国民法典对类法典化立法的规则创新

杨立新*

摘要 我国《民法典》的诞生,标志着我国民法发展历史中类法典化阶段的结束,法典化阶段的开始。《民法典》的规则体系是在我国类法典化的松散民法的基础上进行编纂和创新完成的,改变了类法典化松散民法的规则冲突、规则不足和规则错误的状况,实现了民法规则的体系化、完善化。《民法典》规则的创新表现在四个方面:一是补充欠缺的传统规则进行的规则创新,二是因应时代进步挑战进行的规则创新,三是纠正以往规定的错误规则进行的创新,四是补充和完善原有规则的立法不足和缺陷进行的创新。《民法典》对民法规则的创新,使我国《民法典》规则处在时代发展的前沿,反映了新时代对民法规则的需求。对于《民法典》尚存在的不足,应当进一步总结实践经验、加强理论研究,及时进行司法解释,适时进行修订,使《民法典》在我国社会生活和维护民事主体民事权益中发挥更大的作用。

关键词 民法典 法典化 类法典化 规则 创新

第十三届全国人民代表大会第三次会议2020年5月28日通过了《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》),并于2021年1月1日生效实施,随之,《中华人民共和国民法通则》以及《物权法》《合同法》《担保法》《婚姻法》《收养法》《继承法》《侵权责任法》这些民法单行法废止。这标志着我国民法立法的类法典化阶段的结束,法典化阶段的开始。在中国民事立法史发生这一重大转折时,应当对我国民法法典化与类法典化的规则创新进行回顾和整理,总结经验教训,不断推进民法规则的创新,使我国《民法典》在社会生活中发挥更好的法律调整作用。

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中华人民共和国民法典评注”(项目编号:18JJD820001)的研究成果。

一、我国民法类法典化立法的形成与构建的规则体系

研究我国《民法典》对类法典化民法的规则创新,必须首先回顾和评价我国类法典化民事立法形成的原因,以及类法典化民法立法的规则体系。

(一)我国民法的法典化之梦与类法典化立法的形成

在大陆法系,由于民法典在国家立法体系中的重要作用,每一个国家都不会对自己的民法立法没有一个法典化的梦想。同样,自1949年以来,不能说中国没有一个民法典的理想。

不过,民法法典化的理想只有在社会需求、专家期待和国家认可的情况下,才有可能实现。可惜的是,在1949年以来的较长时期里,这三者的结合存在较大的距离,因而中国民法的法典化之梦,路途遥远,且艰难曲折。^{〔1〕}

1949年以来的中国民事立法是自1950年制定《婚姻法》开始的。不过,当时的社会需求是迫切的,专家期待也是急切的,只是与国家认可并非结合得那么紧密。主要的表现,一是《婚姻法》只是《民法典》的一个组成部分,《民法典》的制定应当整体推进;二是立法机关重视的社会需求,专家学者的热情集中在《民法典》编纂上;三是国家究竟实行人治还是法治,并未有明确的立场。正因为如此,1950—1960年代的我国民法立法走走停停,犹犹豫豫,直至“文革”开始而被终止。这就是长达30年的我国民法立法的非法典化时期。^{〔2〕}

1978年以来,我国实行改革开放,百废待兴,民法立法也同样如此。自此开始,我国的社会需求、专家热情和国家认可,都紧密地结合在一起,形成了我国民法法典化的基础,随着《中华人民共和国民法(草案)》第一稿到第四稿的不断形成,中国民法的法典化高潮不断,《民法典》呼之欲出。只是由于中国社会当时正处于转型期,社会观念的改变还在继续进行,民法法典化的理论准备还比较薄弱,因而中国民法的法典化还没有形成良机。立法机关为应急需,决定用“零售”的方法制定各部民法单行法,继而重新制定了《婚姻法》后,《继承法》《民法通则》《收养法》《合同法》《担保法》《物权法》《侵权责任法》陆续完成立法,形成了以《民法通则》为引领,由各部民法单行法组成的具有我国特色的松散型民法。这就是笔者所说的类法典化的民法,这个时期就是中国当代民法发展历史中的类法典化时期。

在民法的发展历史中,只有法典化、解法典化和再法典化的概念,并没有类法典化的说法。笔者提出类法典化的概念,是要概括我国民事立法的松散型民法的现实情况。^{〔3〕}尽管在大陆法系的民法典立法历史上,还没有存在过我国民事立法的松散型法典化方法,但是,它却客观地、现实地存在着,并且形成了一个特殊的民事立法方法。这种松散型的民法立法方式接近于法典化,又区别于法典化,因而将其称为“类法典化”,既比较形象,又恰如其分。因此,我一直

〔1〕 参见杨立新:“百年中的中国民法华丽转身与曲折发展——中国民法一百年历史的回顾与展望”,《河南省政法管理干部学院学报》2011年第3期,第28—50页。

〔2〕 1950年至1984年,我国只有《婚姻法》这一部民法单行法。因此,可以称为非法典化时期。参见杨立新、李怡雯:“中国当代民事立法70年之发展与经验”,《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期,第48—50页。

〔3〕 参见杨立新:“从民法通则到民法总则:中国当代民法典的历史性跨越”,《中国社会科学》2017年第2期,第84页。

将自1980年至2009年的我国民事立法方法称为类法典化,这个时期形成的民法称为类法典化的松散型民法。

我国民事立法的类法典化时期,是自1980年开始的。从立法的内容和时间上,是自1980年制定新版《婚姻法》开始,至2009年12月制定完成《侵权责任法》为止,^{〔4〕}时间上历时30年。在其间,制定了《婚姻法》《继承法》《民法通则》《收养法》《担保法》《合同法》《物权法》《侵权责任法》。正是由这些民法单行法构成了我国类法典化的松散民法,因此得以宣告中国社会主义法律体系的如期形成。如果没有类法典化的松散型民法,就不能宣称“一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。”^{〔5〕}

(二)我国类法典化松散型民法构建的民法规则体系

我国的类法典化松散民法尽管外观松散,但是,对于民法规则体系的构建还是基本完成了的。这主要表现在:

1.由《民法通则》为基本引领和各单行民法构成的民法总分结构

从我国类法典化松散民法各部单行法的制定看,形成的时间轴线是:婚姻法→继承法→民法通则→收养法→担保法→合同法→物权法→侵权责任法。从这一立法的时间顺序上,并不能看出在立法过程中,开始就是从总分结构进行思考的,因为制定《婚姻法》时,并没有考虑完整的民法典结构,即使是在制定《民法通则》时,也没有考虑该法仅仅是民法总则性质的法律,而是要“通”,即总则与分则相通,需要什么就规定什么,不受总则和分则的限制。^{〔6〕}因而,将侵权责任的规则几乎作了全面规定。

不过,即使如此,《民法通则》的基本内容仍然是民事法律关系主体、客体和权利义务内容的基本规则,对各部民法单行法“起统领性作用”。^{〔7〕}也正因为如此,历经30年完成的松散型民法尽管体系较散,但是,仍然构成了完整的民法体系,大体上遵循了德国法系的总分结构,以及中国自1911年以来形成的民法传统,《民法通则》四类法典化松散民法的总则,物权法等民法单行法则是其分则的各个部分。

2.以“人物二分+权利保护法”为基本结构构建民法分则体系

在我国类法典化的民法体系中,《民法通则》主要规定民事法律关系的民法基本规则,统领民法分则各单行法。

在以《物权法》《婚姻法》等民法单行法构成的民法分则中,形成了鲜明的人物二分的民法分则规则体系。《婚姻法》《收养法》规定的显然是民法的人法部分。而《物权法》《担保法》《合同法》《继承法》显然是以物为基础构建的财产法。不够清晰的部分,是从债法分离出来的《侵

〔4〕 另一种说法是还包含《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》,因为2002年《民法(草案)》是包含这部分内容的,原来的立法计划也是这样。

〔5〕 吴邦国:“全国人民代表大会常务委员会工作报告——二〇一一年三月十日在第十一届全国人民代表大会第四次会议上”,载《人民日报》2011年3月9日,第1版。

〔6〕 中国政法大学民法教研室:《中华人民共和国民法通则讲话》,中国政法大学出版社1986年版,第7页。

〔7〕 李建国:《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》,载《中华人民共和国民法总则·含草案说明》,中国法制出版社2017年版,第51页。

权责任法》，依照《民法通则》的思路，显然是权利保护法，而不是单纯的财产法或者人法。概括这个时候的中国民法，其分则结构用“人法+财产法+权利保护法”更为准确，即“人物二分+权利保护法”的结构体系。

3. 属于民法分则的各部民法单行法构成基本权利类型的规则体系

在属于民法分则的各部民法单行法中，都构成了各自类型的基本权利的规则体系。在人法中，虽然没有单独的人格权立法，但是，《民法通则》关于人格权的规定已经大体上构建了人格权的基本规则体系；而婚姻家庭部分，《婚姻法》和《收养法》构成一体，身份权的规则体系相对完整，是民法的亲属法。在财产法部分，《物权法》构建了所有权、用益物权、担保物权和占有的规则体系；在没有债法总则的情形下，《合同法》总则部分大体上构建了债总的规则，再加上有名合同的规定，债法规则基本健全，缺少的是无因管理和不当得利的具体规则；《继承法》虽然简单，继承权和继承规则尚可；知识产权则由单行法构成。从总体上说，类法典化的松散民法结构基本完整，规则体系大体完备。

4. 解分债法形成“权利—义务—责任”三元结构体系

类法典化的松散民法在形式上，与潘德克吞的民法典总分结构相似，比较清晰，但是，在实质内容的逻辑上，却形成了“权利—义务—责任”的三元结构体系，^{〔8〕}即整个民法的基本内容就是规定民事权利，配置民事义务，确定违反民事义务的民事责任。这是1986年《民法通则》形成的逻辑结构，最主要的做法是解分债法，将侵权责任纳入民事责任体系，构建了独立的民事责任体系，成为各种民事权利的保护法，作为民事义务不履行的法律后果。^{〔9〕}因此，松散民法的内在逻辑结构是“权利—义务—责任”。

5. 类法典化松散民法的规则体系大体完整

对我国历经30年形成的类法典化松散民法的规则评估，应当说大体完整。在各部民法单行法的1141个条文构成的规则体系中，虽然多有重复或者冲突，但是，却涉及了全部民法应当调整的范围。在《民法通则》的一般性规则引领下，人法规则和财产法规则都比较完整，权利保护方法比较协调，从总体上说，没有特别大的缺漏。也正是在这样的立法基础上，国家立法机关才宣布具有中国特色的社会主义法律体系已经形成。

二、从类法典化向法典化迈进民法规则面临的立法挑战

（一）当代社会发展使类法典化民法规则面临的挑战

当代社会的发展迅猛，特别是当代科学技术的飞速发展，出现了前所未有的新形势，这些都给类法典化民法确立的规则体系提出了挑战。

第一，现实的社会生活需要提出的民法立法挑战。社会生活是法律产生的基础，法律规则规范社会生活。作为市民社会基础的社会生活，总是有自己的发展规律和实际需要，中国同样

〔8〕 参见郭明瑞：“民法总则规定民事责任的正当性”，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2014年第4期，第20—25页。

〔9〕 参见魏振瀛：“制定侵权责任法的学理分析——侵权行为之债立法模式的借鉴与变革”，《法学家》2009年第1期，第14—37页。

如此。千百年来,民法经过千锤百炼,形成了自己的规则体系,尽管存在大陆法系和英美法系民法的区别,大陆法系民法也分为德国法系和法国法系,但是,民法的基本规则体系是完整的、相通的。比较起来,中国通过30年形成的类法典化松散民法构建的民法规则体系,是不完备、不完善的,存在较多的欠缺。而现实的社会生活是客观存在的,不会依据民法不完备的情形而有所改变,民法只能适应社会生活的需要,而不能改变社会生活。因而,我国民事立法存在与现实社会生活不相适应的问题,在某些方面还不能满足人民在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面日益增长的要求。例如,合同法的情势变更原则、所有权取得的添附规则、物权法的居住权、婚姻家庭法的亲子关系否认和确认规则、继承法的遗产管理人等,我国类法典化的松散民法都没有规定。面对社会生活中存在的这些问题,民法还缺少必要的应对手段,急需进行补充,采用经过数百年验证的传统民法规则完善我国的民法规则体系。

第二,社会观念发展变化提出的民法立法挑战。随着社会的快速发展,人们的观念在发生巨大的变化。在我国,以1978年开始改革开放为分水岭,形成了观念的压抑期和变革期的鲜明转变。40多年的改革开放,使社会生活的各个领域都发生了巨大变化,而社会观念的改变是根本性的改变。40多年前被认为是流氓犯罪的同性恋行为,当今已经逐步合法化,并被世界卫生组织认定为非疾病化,禁止对同性恋者进行治疗,^[10]很多国家和地区的法律都规定同性婚姻或者性伴侣制度合法。40年前同居被认定为违法行为,是要被处罚的行为,当今同居不仅在未婚青年中盛行,而且在丧偶老年人中成为常态的异性共同生活方式。40年前奉子成婚被认为是丑恶现象,当今被认为是双喜临门。这些社会观念的变化,无一不向我国类法典化的松散民法提出挑战,要求确认非婚同居、同性性伴侣、事实婚姻等民法规则,进而确立民法的创新规则,完善《民法典》的规则体系。

第三,科学技术发展提出的民法立法挑战。当代社会最先面临的科技进步,是电子计算机和互联网技术的迅猛发展和普及应用。在1980年代,当“信息高速公路”概念出现时,人们的普遍感觉那将是十分遥远的未来;但是,在今天,网络覆盖全世界,改变了社会的生产、生活方式。医学技术、基因科学的进一步发展,出现了新的人工生殖技术,社会伦理随着发生了巨大变化。随着机器人、自动驾驶汽车为代表的大数据、人工智能技术的快速发展,将会在更大的范围内和更宽广的领域中使世界发生更大、更快的变化。这些都对民法的立法提出新的挑战,必须因应科技进步的需要,在民法立法上实现规则的创新。

市民社会是现实社会的民法缩影。现实社会生活的种种变化,都会反映到民法当中,要求作为社会上层建筑的民法对社会的经济基础发生反作用,进一步推动社会生产力的发展。^[11]当代社会的不断进步,科学技术的迅猛发展,不仅给类法典化的松散民法提出了巨大的挑战,即使那些高度发达的成文法国家的民法典也不能避免这样的立法挑战。因此,各国民法典在立法上如何迎接新的挑战,都必须适应时代发展和科技进步的现实需求,不断完善自己,改变

[10] 1990年,世界卫生组织将同性恋从ICD-10精神与行为障碍的名单中剔除;2001年,《中国精神障碍分类与诊断标准》将同性恋从精神障碍名单中剔除,为同性恋正名。参见杨立新、吴焯:“为同性恋者治疗的人格尊严侵权责任——兼论搜索引擎为同性恋者治疗宣传的虚假广告责任”,《江汉论坛》2015年第1期,第123页。

[11] 《马克思主义政治经济学概论》编写组:《马克思主义政治经济学概论》,人民出版社、高等教育出版社2017年版,第7页。

不适应社会需求的旧规则,创设新的民法规则。

(二)我国类法典化松散民法的规则短缺和不当

当代社会进步和科学技术发展对民法提出的挑战,对我国的民法而言,显得更为突出。我国松散民法在这方面主要存在的问题,一是规则的冲突,二是规则的短缺,三是规则的不当。

首先,是松散民法现有规则的冲突。类法典化的松散型民法是由不同时间制定的民法单行法组成的法律群。由于我国的民法单行法群的立法时间跨度过长,尽管对已有的民法单行法大多曾经进行过修订,但是单行法之间的规则冲突仍然不可避免。例如,《民法通则》公布实施后,陆续制定的《合同法》《侵权责任》早已改变了《民法通则》关于民事责任的规定,但是,不仅没有废止《民法通则》的有关规定,而且就在颁布实施了《民法总则》的情况下,仍然没有废止《民法通则》。在制定了《物权法》《合同法》《侵权责任法》之后,《民法通则》有关物权、债权、侵权责任的规定仍然有效,这些单行法的规定与《民法通则》的规定互不相容。

其次,是松散民法现有规则的短缺。在以《民法通则》为引导的松散民法中,规则的短缺是常见的。一方面,对于常规的民法规则由于认识的不足或者不当而没有规定的,并不少见,例如,添附、典权、情势变更、合伙合同、保证合同、定作人指示过失责任、婚生子女否认、非婚生子女认领、非婚生子女准正、后位继承、候补继承等传统民法规则,在《物权法》《合同法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》中,都没有规定。其中很多是基于认识上的偏见、顾虑以及其他原因形成的传统民法规则的短缺。对此,有的依靠司法解释予以补救,有的直至今天仍然没有规范,使这些市民社会存在的现象无法依法进行调整。另一方面,对于社会进步和科技发展,松散民法没有作出及时的反映。例如,在制定《民法通则》时并没有出现的互联网、大数据和人工智能等方面提出的民法要求,不仅《民法通则》没有反映,其后制定的《物权法》《合同法》等,也仅仅是对电子数据合同有所反映,对网络虚拟财产、数据等均未作出规定。

再次,是松散民法现有规则的不当。在长达 30 年的类法典化的民法立法过程中,由于理论准备的不足和立法的仓促,特别是一些想当然的立法决策,导致有些民法规则出现不当甚至错误,造成民事利益分配的不公允、不适当,甚至对社会和经济的发展造成影响。例如,对保证方式约定不明究竟应当适用一般保证还是连带责任保证,立法时想当然地规定为连带责任保证。^[12]在保证担保中,大多数保证人在承担保证责任中并无明显的利益可图,很多是基于情谊或者其他原因而为债务人提供担保。在保证方式上,连带责任保证显然比一般保证的责任更重,在当事人没有约定或者约定不明确的情况下,对保证人应当从其轻而不应当用其重。而《担保法》的规定恰恰相反,是用其重而不从其轻,颠倒了当事人之间的利益关系,让保证人承担了更重的民事责任,以至于在《担保法》实施后的司法实践中,无数出于情谊而为债务人担保的民事主体,因提供保证而使自己陷入困境甚至破产,形成了公司之间谈保证色变的后果。在债权债务关系中,对债权人的债权无疑应当提供保护,但是,将保护债权人的债权绝对化,就会伤害债务人特别是伤害保证债务人的利益,进而对经济秩序和发展造成负面影响,对于经济发展不利。在我国类法典化的松散民法中,这样的事例绝非仅此一例,而是比较常见的。例如,限制民事行为能力人的年龄界限界定为 10 周岁、规定绝对的物权法定原则而无物权法定缓

[12] 《担保法》第 19 条规定:“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。”

和、损害入库规则的债权人代位权的规则、对提供劳务一方工伤事故片面强调过错责任原则、确认取得结婚证确立夫妻关系、过于限制法定继承人范围、只规定两个法定继承顺序,等等,都是松散型民法规则不当的具体表现。

类法典化松散民法的这些规则冲突、规则欠缺和规则不当形成的原因,主要是:第一,对民法的职能认识不当,例如,把民法典作为管理法而不是作为示范法来对待,总想怎样通过民法立法更好地管理人民,而不是授权民事主体在民法领域中有作出更多的选择。第二,对民法的立法偏见,例如,《物权法》之所以不规定典权这种中国自产的用益物权,其理由是“一听到典权就想起了地主剥削农民”,就是因为这种立法偏见宣判了典权的死刑,使源自我国、集融资担保和建筑物利用为一体的典权在物权法中被扫地出门。第三,想当然的长官立法,不能使类法典化松散民法的规则符合社会发展的需求。民主立法、科学立法、依法立法是我国依法治国的要求,在实际上,立法中的长官意志还是比较常见的。

面对社会不断进步和科技迅猛发展对民法规则提出的全面挑战,即使成熟的民法典也都必须积极应对,何况存在更多问题的我国类法典化的松散民法,当然要面临更多、更严峻的挑战。

正是在这样的挑战面前,中国出现了编纂民法典、实现民法法典化的契机,经过五年的立法过程,中国《民法典》对此做出了较好的回答。

三、我国《民法典》在类法典化立法基础上实现的规则创新

在《民法典》全部 1260 个条文中,新增、修改、完善的创新条文达到 613 个,大约占《民法典》全部条文的 48%。这些创新条文主要表现在以下四个方面。

(一)《民法典》补充欠缺的传统规则进行的规则创新

在类法典化的松散民法中,欠缺的民法传统规则比较多,影响了我国民法规则体系的完整性和完善性。《民法典》在这方面进行了大量的工作。

除了总则编之外,在物权编,增加了所有权取得的添附和居住权等新规则。添附,是指不同所有权人之合并或者物与劳动成果结合在一起形成不可分离的物或者具有新质的物。^[13]民法把添附作为取得所有权的根据之一,究其原因,在于添附发生后,要恢复各物之原状,在事实上已不可能或经济上不合理,因此有必要使添附物归一方所有或各方共有,以解决双方的争执。^[14]这样重要的民法物权制度,在物权法立法过程中,曾被斥之为“小事”而被废弃,使众多的添附纠纷没有法律调整规则。居住权是除了土地役权之外唯一的建筑物役权,本来在《物权法(草案)》中是规定了的,但是,在最后的审议中被删除。对这两项重要的物权制度,《民法典》物权编都作了规定。居住权规定的比较具体。第 322 条规定添附,尽管只规定了“因加工、附合、混合而产生的物的归属,有约定的,按照约定;没有约定或者约定不明确的,依照法律规定;法律没有规定的,按照充分发挥物的效用以及保护无过错的当事人的原则确定。因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的,应当给予赔偿或者补偿”的内容,没有规定具体规则,但是,仍然使我国民法有了添附的基本规则,填补了民法规则体系的空白。

[13] 屈茂辉:《中国民法》,法律出版社 2009 年版,第 372—373 页。

[14] 杨立新:《中国物权法研究》,中国人民大学出版社 2018 年版,第 178 页。

在债与合同的规则中,《民法典》进行了大量的修改,对原来债与合同规则欠缺的部分,增加了传统规则和创新规则,使债与合同的规则体系得到了补充和完善。例如,我国《合同法》没有规定选择之债,仅规定了按份之债和连带之债的原则性规定,《民法典》合同编在第 515、516 条规定了选择之债的具体规则,第 517 条和第 518—521 条详细规定了按份之债和连带之债的具体规则。1999 年制定《合同法》时,对究竟要不要规定情事变更规则,发生了激烈的争论,最终由于对这一规则存在较大疑虑和不安,最终删除了草案的这一规定。在实践中,由于没有相应规则进行调整,不得已,最高司法机关作出司法解释以应急需。^[15]《民法典》合同编第 533 条确立了情事变更规则,使合同法规则体系得到补充。在合同法领域,更有意思的是,欧陆法上的预约是给那些经法院判断后当事人承诺最后交易的诸如认购书之类的初步(中间)协议贴上的一个标签。合同法的目标是执行允诺,保护当事人基于合意的期望。对于约定有将来订立合同条款之协议(无论是否称之为预约合同),法律效力可能是应当缔约,也可能是善意磋商。^[16]但是,合同法对普遍存在的合同预约完全没有法律规则调整,而在建设用地使用权转让和商品房预售中都广泛应用预约,在出现纠纷时,由于法律没有关于预约的规则,致使对出现的纠纷没有统一的裁判尺度,造成裁判结果的不统一。《民法典》合同编第 495 条规定:“当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等,构成预约合同。”“当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的,对方可以请求其承担预约合同的违约责任。”这一规定补充了立法的不足,使合同预约有法可依。此外,第 525 条规定的债务加入,第 560、561 条规定的清偿抵充、第 716 条规定的转租等,都是松散民法没有规定的民法规则,《民法典》合同编都作了具体规定,实现了较大程度的民法规则体系的完善。

在家事法规则中,类法典化松散民法的《婚姻法》虽然规定了夫妻之间的权利义务、父母子女之间的权利义务以及其他近亲属之间的权利义务,但是,却从来没有规定或者确认过身份权,没有关于配偶权、亲权和亲属权这些具体身份权的称谓。值得欣喜的是,人格权编第 1001 条规定了“对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护,适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定;没有规定的,可以根据其性质参照适用本编人格权保护的有关规定”的内容,第一次使用了“身份权利”的概念。同样,我国 1950 年和 1980 年两部《婚姻法》都没有规定婚生子女推定、婚生子女否认、非婚生子女认领、非婚生子女准正的规则,使我国的亲属法律制度特别是亲子关系的规则体系出现残缺,致使在社会生活中出现的大量纠纷无法进行法律调整。最高人民法院的司法解释也只是对一些相关的程序问题作出解释,没有具体的实体法规则。^[17]《民法典》婚姻家庭编第 1073 条第一款将婚生子女否认和非婚生子女认领等称为确认

[15] 《最高人民法院关于适用合同法若干问题的解释(二)》第 26 条规定:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”

[16] 耿利航:“预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径”,《法学研究》2016 年第 5 期,第 27 页。

[17] 《最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释(三)》第 2 条规定:“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在,并已提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。当事人一方起诉请求确认亲子关系,并提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。”

或者否认亲子关系,明确规定:“对亲子关系有异议且有正当理由的,父或者母可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系。”这一条文尽管简单,也存在具体规则不足的问题,但是,对此种情形起码有了原则性的规定,使这一领域的立法欠缺得到补充。此外,第1060条对家事代理权、第1045条对亲属种类,以及在继承编的第1145—1149条对遗产管理人、第1152条对转继承等家事法的规则,都作了符合传统民法规则要求的规定。

在侵权责任编,补充了自甘风险(第1176条)、自助行为(第1177条)作为新的免责事由,第1193条增加了新的侵权责任类型即定作人指示过失责任等,使我国的侵权责任法律制度更加完善,规则更加丰富、具体。

(二)《民法典》应对时代进步和社会发展挑战进行的规则创新

互联网、大数据和人工智能技术的迅猛发展,对我国民法规则体系提出的挑战,也是对世界民法提出的挑战。在新的科学技术对民法规则体系提出的挑战面前,每一个国家的民法立法都站在同一个起跑线上,谁起跑早一点,谁就能冲在民法规则应对新时代立法的最前列。《民法典》总则编第127条对数据和网络虚拟财产的规定就具有这样的价值。^[18]网络虚拟财产是互联网等网络高度发展的产物,是传统民法无法解决的新的物的类型。在以往的传统民法中,“物必有形”是固守的成见,但是,在面对电能、热能等新型物的形态出现时,民法尽管惶惑了一定的时间,但是,最终确认特殊情形下的物可以是无形的,属于“自然力”的状态。^[19]对网络虚拟财产法律属性的争论,实际上在重复对电能、热能等的物的形态的认识过程,尽管目前仍然有诸多反对意见,但是,确认网络虚拟财产是物的新形态,是必然会发生的结果,只是时间的早晚问题。虽然《民法典》总则编对网络虚拟财产的具体属性没有进行界定,但是,其作为权利客体的属性是确定无疑的,既然网络虚拟财产既不能是债的客体、知识产权的客体,更不能成为人格权和身份权的客体,那么,就一定是物权的客体。^[20]这样的民法规则创新,无论在本国范围还是在世界范围内,都是先进的立法,具有时代感和领先性。

应对社会发展对物权规则的挑战,《民法典》进行了大胆的规则创新。例如,物权编第339—341条关于土地承包经营权三权分置的规定,是对我国土地承包经营权的改革。由于我国农村土地的集体所有,农民个人利用土地取得的物权是土地承包经营权。在实行土地承包的初期,这一土地法律制度的改革,改变了农村集体经济“一大二公”的大锅饭制度,调动了农民的积极性和对土地的热情,农业生产出现了勃勃生机。但是,经过了40年,土地承包经营权固有的流转性不强的特点,使农民对作为自己基本财产权益的土地不能更好地为自己创造利益,致使农民尤其是中青年农民对土地失去热情和信心。要想改变农村土地权属的现状,发挥土地的财产价值,就必须进行改革。对农村土地实行三权分置,就是在集体土地所有权、农户土地承包经营权的基础上,增加土地经营权这个属性为“他物权”或者“用益物权”性质的权利,对增加其流通性,更好地发挥其财产权益的价值,保障农民的财产权利,具有重要作用,是创新规则。又如,物权编第416条规定的动产抵押中间价款超级优先权,更具有创新价值。在动产抵押特别是浮动抵押中,抵押财产在抵押过程中,只要是没有被确定,都可以增加或者

[18] 参见杨立新:“民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值”,《东方法学》2017年第3期,第69—72页。

[19] 参见范怀娟:“论物权客体”,《西昌学院学报(社会科学版)》2011年第2期,第108页。

[20] 参见杨立新,见前注[18],第68—69页。

减少,无须经过任何附加手续。在抵押的动产中,“流入”抵押财产的特定动产将成为抵押财产,“流出”的动产将移出抵押财产。在流入抵押财产的特定动产如果是设有抵押权的,流入抵押财产自动负担浮动抵押权,就会产生在同一个物上有两个并存的抵押权,出现两个抵押权的受偿顺序问题。在流出抵押财产的特定动产,尽管负担浮动抵押权,但是由于担保的债权没有确定,因而流出的特定动产“逃离”了浮动抵押的担保财产。对此,本条没有规定,但是,从逻辑上可以推出这个结论。对于前者,需要法律作出规范,这里规定的,就是在流入浮动抵押财产的特定动产在其流入前设有抵押,流入后自动负担浮动抵押权,而发生同一物上存在两个抵押权受偿顺序的规则。这个规则称为“购买价金担保权”,或者“中间价款超级优先权”。〔21〕这个规则解决了这个问题。

在合同编中,对于互联网、大数据技术发展作出应对的创新规则,莫过于对网络交易买卖合同和服务合同的成立和生效时间(第 491 条),以及网络买卖合同和服务合同交付商品或者服务提供时间(第 512 条)的认定规则。我国的网络交易如此盛行,在理论上和法律规则上怎样认识和规制网络交易行为,是必须解决的民法规则问题。其中,对网络平台交易的买卖合同和服务合同怎样确定其合同成立和生效,怎样界定网络交易中的买卖合同标的物的交付时间,都是必须解决的问题。对于前者,合同编第 491 条第 2 款规定,“当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的,对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立,但是当事人另有约定的除外”,解决了这一个问题,将网络买卖合同和网络服务合同的成立和生效时间界定在“下单”按钮的点击成功之时。对于后者,第 512 条规定:“通过互联网等信息网络订立的电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的,收货人的签收时间为交付时间。电子合同的标的为提供服务的,生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为提供服务时间;前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的,以实际提供服务的时间为准。”“电子合同的标的物为采用在线传输方式交付的,合同标的物进入对方当事人指定的特定系统且能够检索识别的时间为交付时间。”“电子合同当事人对交付商品或者提供服务的方式、时间另有约定的,按照其约定。”这样的规定符合现实需求,是《民法典》中合同领域中的创新性规则。另外,第 471 条规定,合同订立除了书面形式和口头方式之外的其他方式,不仅为网络交易合同订立提供了法律规则依据,而且也对将来可能出现的订立合同的新方式预留了空间。

《民法典》人格权编和继承编有两个应对时代和科技发展特别规定的创新规则。一是侵害肖像权中的深度伪造,另一个是遗嘱方式中的打印遗嘱。深度伪造(Deepfake),是由“Deep learning”(深度学习)和“Fake”(伪造)结合而成的新单词,是一种可以实时伪造面部表情,并将其渲染成 2D 合成视频的人工智能技术。《民法典》第 1019 条规定,肖像权的义务主体负有的义务是不可侵义务,不得以丑化、污损,或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。丑化、污损他人肖像,或者利用信息技术手段“深度伪造”他人的肖像,都属于侵害他人肖像权的行为,丑化和污损肖像应当具有恶意,深度伪造肖像可能为恶意,也可能为善意,只要未经本人同意,都构成侵害肖像权。这样最新的利用人工智能进行侵权的手段,被写进人格权编有关肖像权保护的规则,完全是创新规则。打印遗嘱,是指遗嘱人通过电脑制作,用打印机打印出

〔21〕 参见董学立:“浮动抵押的财产变动与效力限制”,《法学研究》2010 年第 1 期,第 65 页。

来的遗嘱。在电脑应用普及之后,已经很少有人用笔写作,通过电脑写作和打印,已经是书写的常态。近年来,很多人制作遗嘱都是用电脑写作,用打印机打印出来,形成打印遗嘱。由于原《继承法》没有规定打印遗嘱这种遗嘱形式,因而在司法实践中对打印遗嘱的效力存在较多争议,有的认为是自书遗嘱,有的认为是代书遗嘱。^{〔22〕}这些意见其实都不准确。《民法典》继承编第1136条将打印遗嘱规定为法定遗嘱方式,具有时代的创新性。

(三)《民法典》纠正以往规定的错误进行的规则创新

在类法典化的松散民法中,有些规定采用了错误的规则,违反民法的基本原理,对经济发展和社会进步有阻碍作用。《民法典》将这些错误规则作了“反转性”的规定,具有重要的实用价值。

最典型的,莫过于对保证责任方式没有约定或者约定不明确的,究竟采取何种保证责任方式,《民法典》合同编第686条第2款作了180度的反转规定,确定当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任,完全改变了原来的规则,纠正了原《担保法》第19条的错误。

《民法典》物权编第406条第1款规定了抵押人转让抵押财产无需抵押权人同意的规则,内容是:“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响。”原《物权法》第191条的规定是:“抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”这两个条文两相对照,显然后者明显违反民法基本法理,将抵押权的效力绝对化,否定了财产所有权的绝对效力。事实上,设置了抵押权的财产,只是在所有权之上设立了抵押权的负担,并不影响所有权的行使。故《民法典》这一规定具有推陈出新的创新价值。

《民法典》继承编也有一个规则的反转,及删除公证遗嘱效力优先规则。遗嘱人设有数份遗嘱内容相抵触的,应当视为后设立的遗嘱取代或者变更了先前设立的遗嘱,故遗嘱人设立数份遗嘱内容相抵触的,应当以最后设立的遗嘱为准,即“遗嘱设立在后效力优先”原则。原《继承法》第20条先在第2款规定“立有数份遗嘱,内容相抵触的,以最后的遗嘱为准”,又在第3款规定“自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱”,结果是在数份遗嘱内容相互抵触时,公证遗嘱具有最高效力,任何与公证遗嘱的内容相抵触的其他形式遗嘱,都不具有对抗公证遗嘱的效力。这样的规定显然是错误的,一个遗嘱人立有数份遗嘱,内容相抵触,虽然要看设立遗嘱时间的先后,最终却以公证遗嘱具有最高效力,任何形式的遗嘱都不能变更、撤回公证遗嘱,就有可能将不代表遗嘱人真实意思的公证遗嘱的效力绝对化。其后果是,一旦遗嘱人在临终前想要撤销或者变更以前的公证遗嘱,又不能及时作出新的公证遗嘱,遗嘱人关于遗产处置的真实意思就无法实现,而实现的却是不代表遗嘱人真实意思的公证遗嘱所表达的内容。《民法典》第1142条删除了这个规定,纠正了《继承法》第20条第3款规定的错误,确立了本条第3款的原则,即“立有数份遗嘱,内容相抵触的,以最后的遗嘱为准”的原则。

在保护自然人的人格利益方面,《民法典》人格权编增加了一个特别的规定即第996条,内容是:“因当事人一方的违约行为,损害对方人格权并造成严重精神损害,受损害方选择请求其承担违约责任的,不影响受损害方请求精神损害赔偿。”这是以前没有规定的规则,因为《侵权

〔22〕 参见张萱、陶海荣:“打印遗嘱的法律性质和效力”,《法学》2007年第9期,第141页。

责任法》第 20 条规定的精神损害赔偿限定在侵权领域适用,在违约责任领域不适用精神损害赔偿救济。当一个违约行为既造成了债权人的财产利益损害,又造成了人格利益损害时,依照这样的规定,受到损害的债权人就须向两个不同的法院提出两个不同的诉讼请求,才能保护好自已的债权利益和人格利益。对一个行为造成的损害,须用两次诉讼方可解决救济问题,当然会给当事人造成讼累。《民法典》作出这一规定,就改变了这样的状况,债权人受到两种损害,可以在一次诉讼就获得圆满解决。这种创新规则,对保护受到损害的债权人的权益十分有利。

(四)《民法典》补充和完善原有规则立法不足进行的规则创新

类法典化松散民法由于立法准备不足等原因,存在较多不完善、不准确的规则。《民法典》补充和完善了原有规则的立法不足,使《民法典》规则体系进一步实现完整、完善的要求。

《民法典》总则编对自然人的限制民事行为能力年龄的规定就是如此。《民法通则》规定自然人限制民事行为能力的起点为 10 周岁,这在比较法上是最高的,背离了我国自然人的成长规律。《民法典》总则编将其修改为 8 周岁,虽然标准还是过高,但是,毕竟不再离谱,比较切合实际。

《民法典》合同编在这方面的努力,一是规定合同效力的第 465 条,特别规定了第 2 款,即“依法成立的合同,仅对当事人具有法律约束力,但是法律另有规定的除外。”特别强调了合同的相对性原则与合同相对性的突破。原《合同法》只规定了合同的法律约束力,没有规定其效力是有限度的,即只对合同当事人发生,对合同以外的人不发生法律拘束力。这就是合同的相对性原则,是对合同的法律约束力不可扩张到合同当事人之外的其他民事主体的准则。《民法典》的这一条文规定在强调合同效力相对性的基础上,又强调了合同相对性原则的突破,即法律另有规定的除外,例如涉他合同、合同的债权保全以及侵害债权的侵权责任。二是,原《合同法》的违约责任特别强调的是债务人对合同债务的违约,没有规定债权人的违约行为及其责任。《民法典》第 589 条规定:“债务人按照约定履行债务,债权人无正当理由拒绝受领的,债务人可以请求债权人赔偿增加的费用。”“在债权人受领迟延期间,债务人无须支付利息。”这样的新规则,能够使债权人的违约行为受到制裁,保护债务人的合法权益。三是,特别值得一提的是,是《民法典》在将居间合同改为中介合同之后,增加了一个特别的规则,即对“跳单”行为的规制。第 965 条规定:“委托人在接受中介人的服务后,利用中介人提供的交易机会或者媒介服务,绕开中介人直接订立合同的,应当向中介人支付报酬。”这样的创新规则对维护诚信交易秩序具有重要价值。

对无因管理之债和不当得利之债,由于《民法典》没有规定债法总则,因此将其作为准合同,规定在合同编第三分编,设置了比较完整的规则,都是以前的单行民法没有规定的新规则。

《民法典》继承编对原《继承法》第 3 条关于遗产范围的规定作出了重大修改,由过去对遗产范围的“列举+兜底式”立法方式改变为第 1122 条规定的“概括+排除式”立法模式。在规定丧失继承权的事由的第 1125 条规定中,在列举了继承人丧失继承权的故意杀害被继承人、为争夺遗产而杀害其他继承人等事由后,规定有遗弃被继承人的,或者虐待被继承人情节严重,伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱,情节严重,以及以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱,情节严重的情形,确有悔改表现,被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的,该继承人不丧失继承权,补充了以往立法中没有规定的被继承人宽宥规则,填补了继承规则的欠缺。此外,《民法典》继承编第 1128 条规定了兄弟姐妹子女代位继承,在一定程度上扩大了法定继承人的范围。

《民法典》侵权责任编对侵权责任一般规则和特殊侵权责任规则进行了大量的补充和修改。最突出的是对所谓高空抛物补偿责任规则的重大修改。原《侵权责任法》第87条规定,建筑物抛掷物或者坠落物致人损害侵权人不明,适用公平分担损失规则,由有可能加害的人给予适当补偿的特殊责任类型。10年来的实践证明这个规则有重大疏漏,必须改变规则。侵权责任编第1254条规定:“禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的,由侵权人依法承担侵权责任;经调查难以确定具体侵权人的,除能够证明自己不是侵权人的外,由可能加害的建筑物使用人给予补偿。可能加害的建筑物使用人补偿后,有权向侵权人追偿。”“物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生;未采取必要的安全保障措施的,应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。”“发生本条第一款规定的情形的,公安等机关应当依法及时调查,查清责任人。”相比较,本条有了重大改变,成为确定高空抛掷物损害责任的新规则,克服了原条文存在的问题,是一条很好的创新规定。

四、《民法典》规则创新的基本价值和存在的不足

(一)《民法典》规则创新的重要社会价值

《民法典》对民法规则创新的重要社会价值,主要体现在以下方面。

1. 坚持民法典的人文主义鲜明色彩

21世纪的民法典,是突出人文主义立场和观念的民事立法。我国《民法典》通过一系列的手段规定创新性规则,突出了民法典的人文主义精神和立场。《民法典》对人文主义立场的坚守和发扬,最典型地表现在单独规定了人格权编,列于身份权、物权、债权、知识产权和继承权的同等地位,使其成为人的最重要的民事权利。人格权编对人格权的一般性规则,规定了人格权的固有性和专属性,规定了人格权请求权的保护方法,规定了人格权的公开权及公开方法,规定了人格权的禁令,对保护人格权益具有重要作用。对一般人格权作出了明确规定,将《民法通则》实施以来对一般人格权的理论研究和实践探索在立法上做出了总结和概括,使一般人格权从理论和实践中走向立法,使之成为保护没有具体人格权立法保护的其他人格利益的最有力的法律武器。对具体人格权的类型进行了具体规定,不仅明确规定了生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权以及个人信息,还通过变通的办法,规定了人身自由权(第1011条)、性自主权(第1010条)、声音权(第1023条第2款)、信用权(第1029、1030条)等具体人格权,将当代法律确认的具体人格权基本都作了规定,突出地表达了我国《民法典》的人文主义鲜明色彩,具有民法立法史上的重要历史意义。

《民法典》在对身份权回避了将近70年之后予以确认,建立了传统民法的人身权利的完整体系。《民法典》虽然还是将身份权局限在“婚姻家庭”的传统观念中,没有使用亲属编的概念,但是,这已经突破了“婚姻法”的局限,确立了婚姻家庭领域立法以身份权为中心,突出了亲属法的人法地位,彰显了《民法典》的人文主义精神。

2. 《民法典》紧跟时代发展和科技进步的基本立场

《民法典》对民法规则创新的突出表现,无疑是表现在紧跟时代发展,应对新技术对民法规则的挑战。如前所述,在互联网、大数据、人工智能技术发展的时代特点面前,我国《民法典》规

定了网络虚拟财产、数据、网络交易合同的成立和生效时间,网络交易平台上的买卖合同标的物交付时间、侵害人格权益的深度伪造等,都是随着科学技术的迅猛发展而提出来的创新规则。《民法典》面对科技发展带来的生态环境保护的迫切问题,不仅在总则编第9条规定了绿色原则作为民法的基本原则,还在侵权责任编将“环境污染责任”改为“环境污染和生态破坏责任”,规定了应对环境污染和生态破坏的侵权责任规范,确定对故意损害生态环境的行为可以处以惩罚性赔偿(第1232条),造成生态环境损害要承担修复责任(第1234条),以及国家规定的机关和法律规定的组织对生态环境损害的赔偿请求权(第1235条)。为了进一步落实绿色原则,《民法典》物权编第326条、第346条规定用益物权人在行使权利、设立建设用地使用权,都须遵守节约资源、保护生态环境的要求,合同编第509条第3款专门规定“当事人在履行合同过程中,应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态”的法定义务。这些创新性的民法规则,都表达了《民法典》对时代发展和科技进步提出的要求所给予的积极回答。

3.《民法典》加强对民事权利的有效保障

说到底,民法就是权利法,是对民事权利确认和保障的私法,应当通过一切手段,保护人民的权利,保障人民对权利的享有和行使,使民事主体的私权得到实现。《民法典》不仅在总则编第16条规定了胎儿享有部分民事权利能力,而且在人格权编第994条规定了对死者人格利益的保护,实现了对自然人生前和死后的人格利益的延伸保护。^{〔23〕}《民法典》格外注重对关乎人民群众生活的业主建筑物区分所有权的调整以及对物业服务合同的精细规定,在物权编对建筑物区分所有权的规则作了很大改变,在合同编专门规定了物业服务合同为典型合同。在供用电合同的规定中,增加了供电人承担强制缔约义务的规定,增加了停止供电必须事先通知用电人的规定。婚姻家庭编规定子女抚养的最有利于未成年子女利益的基本原则。通过这些规定,强化了对民事权利的保护,实现了《民法典》就是权利法的立法宗旨。

4.《民法典》保障民事主体对行使权利有更多的选择

《民法典》的法律属性基本上是示范法,而不是强行法,给民事权利主体提供的规范绝大多数是示范性规范,供民事权利主体在行使民事权利时选择适用。因此,《民法典》的基本功能实际上是一个工具箱,提供各种行使民事权利的工具,由民事主体进行选择。^{〔24〕}《民法典》在制定创新规则时,注意实现这个要求。例如,继承编增加规定打印遗嘱,补充录像遗嘱,提出了更多的遗嘱形式,供遗嘱人在立遗嘱时选择使用。在继承编规定继承人丧失继承权的具体事由后,也规定了被继承人对其宽宥的规则,供被继承人选择,体现其支配自己遗产的真实意志。可以看到,《民法典》在努力增加其规则的可选择性,尽量减少民法规则的强制性,使《民法典》的示范法性质得到彰显,而逐步减弱其管理法的属性和功能。

(二)《民法典》规则创新仍然存在的不足

《民法典》诸多创新性规则,无一不表现了其新世纪民法典的风采。但是,在看到我国《民法典》这些规则创新优势的同时,也应当看到,《民法典》在规则体系建设上还存在着一些不足。

1.在重要的民事法律规则中仍然有较多的遗漏

这样的问题例如:一是总则编第10条在民法法源中,只规定了法律和习惯,没有规定

〔23〕 参见杨立新、王海英、孙博:“人身权的延伸法律保护”,《法学研究》1995年第2期,第26—28页。

〔24〕 参见苏永钦:“中国民法典编纂的理由、最佳模式与基本功能”,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第1期,第2页。

法理作为民法的补充法源。这是立法的短视。民法不可能没有法理作为补充法源,因为社会的进步和时代的发展,特别是科学技术的新发展,不可避免地会出现民法需要规制的新问题,但是,民法立法具有滞后性,使其不能及时跟上时代的发展,新问题又没有可供参照的习惯法,所以,法理的参照适用就不可避免。在现实的司法实践其实就是这样做的。人体冷冻胚胎是人工生殖医学技术发展的新成果,对其属性,法律没有规定,也没有任何习惯可以依循,我国法院依据法理,认定其为人格物或者介于人与物之间的过渡存在,^[25]对存在的纠纷进行处理,取得了良好的效果。如果不采用法理作为补充法源,这样的纠纷就永远也不会得到解决。二是对社会存在的同居问题,《民法典》没有作出反应。对已经普遍存在,成为社会常见现象的异性非婚同居,立法不予以关注,无论如何是不适当的,因为其中存在的同居生育的子女地位、双方同居的财产属性和处理原则、对妇女权益的保护等,都需要进行规范。没有规范,出现纠纷就可能无法解决,形成市民社会生活的无序化。

2. 立法只规定原则性规则而缺少具体规则

应当看到的是,《民法典》对于以往立法有所规定的规则,规范越来越具体,具有切实的可操作性,例如在中介合同中存在的“跳单”行为,第965条作出的创新规则,十分具体、可行。但是,对很多新规定的规则,《民法典》往往只规定一个原则性规则,没有规定具体规则。例如,在制定《物权法》时就一直呼唤的添附制度,《民法典》物权编在第322条作出规定,却只规定了添附的基本规则,对于加工、附合、混合三种不同的添附都没有规定具体规则。又如,婚姻家庭编终于规定了亲属及其种类,却只是在第1045条规定了“亲属包括配偶、血亲和姻亲”的内容,至于亲属的亲等、亲系以及具体的亲属类型等都没有规定,仅规定了近亲属的概念和范围。合同编对预约也只是规定了一个概念和违约责任,对其他具体规则也没有规定。继承编规定的继承规则一般性规则居多,具体规则偏少,可操作性不强。

这些问题的出现,与我国一贯的崇尚简约的立法思路有关,同时,由于立法时间仓促,立法者不愿意进一步揭示具体规则,影响立法的大局。这些问题,虽然给司法解释留出了较大的空间,同时,也给法院擅权创造了机会。对此,不得不加以注意。

3. 有些规则的准确性有待于进一步完善

可以看到,我国《民法典》的编纂是成功的,特别是纠正了一些过去的错误规则,确立了正确的新规则。不过,在1260个条文中,也有不正确和不准确的规则。首先,《民法典》规定人身自由的条文有三条,一是第109条,二是第990条第2款,三是第1001条。这三个条文规定的都是人身自由,但是前两个条文却将其作为一般人格权的内容规定,混淆了人身自由与人格自由的区别,将本来是具体人格权的人身自由权规定为一般人格权。其次,侵权责任编第1192条第1款后段,规定的“提供劳务一方因劳务受到损害的,根据双方各自的过错承担相应的责任”规则,违反工伤事故责任应当实行无过错责任的规则,使劳动者的权益受到损害。再次,侵权责任编第1248条对于动物园的动物损害责任仍然坚持过错推定原则,是完全没有道理的,因为动物园饲养动物造成损害与其他饲养动物造成的损害责任没有两样,家庭饲养动物未对动物采取安全措施造成损害都要承担无过错责任,为什么动物园饲养大量的凶猛野生动物却

[25] 参见杨立新:“一份标志人伦与情理胜诉的民事判决——人的体外胚胎权属争议案二审判决释评”,《法律适用》2014年第11期,第53页。

适用过错推定原则呢?最后,第1200条仍然坚持限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构受到损害,采用过错责任,实际上对限制民事行为能力人没有任何倾斜的保护政策,与一般的人身伤害责任没有不同,无法保护好8周岁以上的未成年人的合法权益。

4.《民法典》的管理法倾向仍然比较明显

《民法典》已经尽量弱化其管理法的功能和属性,但是,由于现行的立法体制,特别是强调法律是统治阶级意志的体现,立法者尽管认识到《民法典》的主要内容是权利法、示范法,却不自觉地将民法规则作为管理法进行设计,特别是物权编、婚姻家庭编和继承编的规范。仅举一例:继承编在规定继承人丧失继承权的事由时,将最为严重的故意杀害被继承人和为争夺遗产而杀害其他继承人,规定的后果是丧失继承权。不过,故意杀害行为包括既遂、未遂和预备三种不同形态,如果继承人杀害被继承人或者其他继承人,只是预备或者未遂,被继承人又对其原谅予以宽宥的,按照第1125条第2款规定不能得到宽宥。如果认为可以宽宥,则必须将其中两个“杀害”解释为已经杀死才为“害”,没杀死就不是“害”。可是,如果按照这样的解释,杀害被继承人或者其他继承人的预备行为或者未遂行为,就不可以剥夺继承权,因而出现两难的困境。类似这样的规则,体现的就是管理法的思路,是管理民事权利人的规则。对于这些情形,应当完全交给权利人自己决定是否宽宥,才能够体现《民法典》的工具箱作用,而不是一定要强制规定权利人怎样行使权利。

(三)完成民法法典化之后民法规则的继续完善

《民法典》颁布实施之后,我国民法的历史就进入了法典化时期,民法研究的基本任务也从立法论转变为解释论,重点研究《民法典》解释和适用。面对我国《民法典》创新规则的发展以及仍然存在的问题,在今后的一个相当时期,应当着重做好以下工作。

1.总结《民法典》适用的实践经验

《民法典》实施后,《民法通则》《物权法》《婚姻法》等类法典化的松散民法都予以废止。《民法典》1260个法律条文在司法实践中以及社会生活中究竟会出现何种实际效果,需要接受实践的检验。无论是在社会生活中,还是在司法实践中,对《民法典》的适用都必须不断总结经验,对出现的问题及时发现,及时总结,将经验和教训及时概括起来,进行深入研究,以便更好地解释法律、适用法律,调整好社会生活中的民事法律关系。

2.加强对《民法典》的理论研究

在《民法典》中,原来已经实施多年的一半以上的规则都是有深厚的理论基础的,对于新增加以及新修改的民法规则,需要进行深入的理论研究,为司法实践的适用提供理论基础。在民法理论研究中,要突出重点,做到理论与实践相结合,突出问题意识,结合司法实践进行深入研究,丰富民法理论宝库,为实践提供理论依据。

3.及时作出适用《民法典》的司法解释

在《民法典》实施中,司法解释的工作任务会比较繁重。这是因为,第一,《民法典》的创新规则较多,几乎占了全部条文的将近一半,都需要有可操作性具体规则;第二,《民法典》规定的很多创新规则都是只有一般性规则,缺少具体操作的实际规则,须通过司法解释进行补充,统一全国法院的裁判规则;第三,类法典化松散民法实施中,最高人民法院积累了大量的司法解释,有的已经过时,有的须随着《民法典》条文的修订而不再适用,有的还有指导意义但需完善。对此,应当进行全面清理,废止旧的司法解释,保留仍然适用的规则,创设新的司法解释。基于

这些原因,《民法典》实施之后,司法解释工作应当跟上。

4.在确有必要时及时修订《民法典》的部分规则

《民法典》规模庞大,内容复杂,在短期内进行修订的可能性不大。但是,在积累到一定程度时,需要修订的规则应当进行修订。建议在将来有必要进行修改《民法典》的规则时,不再采用修改一次法律就重新排列条文顺序的传统做法,而是采用世界各国修订民法典的方式,也就是我国目前《刑法》用修正案进行修订的方式,对个别规则进行修改,使全部法典的条文不再改动,删除的就予以删除,修改的就予以修改,增加的条文采用之一、之二的方式进行。通过不断的、及时的修改,使我国《民法典》始终保持前卫姿态,紧跟时代发展,回应实践的需要,使我国《民法典》越来越好。

五、结 语

《民法典》经过五年的编纂,终于以新的面貌展现在世人面前。这部备受关注的21世纪的民法典,总结了我国70年民事立法的经验,在类法典化松散民法的基础上,进行创新发展,形成了目前的民法规则体系,为我国的民事法律关系调整提供了比较完整、完善的法律规范,标志着我国进入了民法典时代。就目前情况看,《民法典》的规则创新的方向是正确的,规则体系也基本完备,相信在实践中,《民法典》对维护市民社会秩序和民事主体权利的行使,发挥很好的调整作用。当然,《民法典》也存在一些明显的问题和欠缺,将来会不断总结、不断完善,在国家的整体法律调整和依法治国的进程中发挥更大的作用。

Abstract: The birth of China's Civil Code marks the end of quasi-codification and the beginning of codification in the history of development of civil law in China. The rule system of Civil Code is compiled and innovated on the basis of the patchwork civil law legislation formed during the period of quasi-codification, which changes the situation of the conflict of rules, the insufficient rules and the wrong rules formed during the period of quasi-codification, realizing the systematization and perfection of the rules of civil law. The innovation of Civil Code rules is embodied in four aspects: first, the innovation of rules to supplement the lack of traditional rules; second, the innovation of rules in response to the challenges of the times; third, the innovation of correcting the wrong rules stipulated in the past; and fourth, the innovation of supplementing and perfecting legal deficiencies and shortcomings of the original rules. The innovation of civil law rules in the Civil Code makes our Civil Code rules at the forefront of the development of the times, and reflects the demand for civil law rules in the new era. As for the shortcomings that still exist in the Civil Code, we should further summarize practical experience, strengthen theoretical research, make timely judicial interpretation, and revise it timely so that the Civil Code can play a greater role in the social life of our country and in safeguarding the civil rights and interests of citizens.

Key Words: Civil Code; Codification; Quasi-codification; Rules; Innovation

(责任编辑:贺 剑)