

民法典的规则供给与规范配置

基于《民法总则》的观察与批评

茅少伟*

摘要 《民法总则》预示了我国未来民法典的结构与风格,立法者对重大的体系创新似乎兴趣寥寥。实用主义的编纂思路要能确保实用,就应当聚焦于民法典作为私法基本法的体系整合功能。民法典内部的体系选择及其与特别民法的功能区隔,决定了民法典规则供给的大致范围。在此范围内,民法典体系整合功能的发挥很大程度上取决于立法者能否对既有的多重民事法源、尤其是大量民事司法解释的内容进行合理的清理与吸收。民法典的立法技术问题应当得到更多重视,尤其是必须考虑到绝大多数民法规范为任意规范和裁判规范的性质,恰当地配置完全规范和各类不完全规范,并改进规范表达,以更好地服务于司法实践与社会发展的需要。

关键词 民法典 法律渊源 司法解释 任意规范 裁判规范

引言

“盼望着,盼望着,东风来了,春天的脚步近了。”〔1〕2014年10月中共中央十八届四中全会发布的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》里出现重逾千钧的五个大字:“编纂民法典”。“东风”自上而下不期而至,一度有些“偃旗息鼓”的民法典

* 北京大学国际法学院助理教授。

〔1〕 朱自清:“春”,载朱自清:《背影(朱自清经典散文集)》,浙江文艺出版社2017年版,第114页。

讨论复又“锣鼓喧天”起来。无论是从我国政治、经济体制改革的现状，〔2〕官僚化的法典编纂组织方式，〔3〕还是从法学界的学理准备来看，当前是否为民法典编纂的最佳时机，均不无可议。然而，2017年3月15日通过的《民法总则》释放出明确的信号：民法典的脚步真的近了。〔4〕

从形式(章节安排)到内容(具体规定)，《民法总则》无疑印证了一个基本判断，即中国民法典的编纂将采取实用主义的思路，“以现行民法规范的汇编与重述为中心来展开”，〔5〕而非重起炉灶。立法者对重大的体系创新似乎兴趣寥寥。这注定是一部具有鲜明的时代特色、体现主流价值观(《民法总则》第1条)的民法典，既有市民社会和市场经济基本法的气质，也回应时代性的社会和政治关切，不会那么“纯粹”。如果一个从长期来看可能具备更大体系产能的、更“纯净”的民法典〔6〕终不可得，那么民法典的“实用”属性无疑变得更加重要。换言之，一个不至于太辜负历史期待的民法典，起码要能够在纯粹体系的长期效益和混合体系的实用效能之间取得一个经过反思的、有价值的折中。这又取决于民法典作为私法基本法的法源地位能否确实建立，具体来说，即取决于其能否在现行法基础上进行有效的规范清理、整合和补缺，为民法教义学的发展提供一个扎实的文本，并疏通与特别民法的关系，搭建与管制需求沟通的桥梁，以更好地服务于法律实践的需要。为此，民法典既要照顾过去，更要面向未来。因此，实用主义地看，下一阶段民法典讨论的重心似可更多地从宏观视角转到中观和微观视角，即聚焦于民法基础制度的建构和重要规则的供给。

本文基于对《民法总则》的观察与批评，讨论民法典在规则供给和规范配置方面亟需注意的问题。主体分为三个部分：第一部分讨论民法典的体系选择对规则供给范围的约束；第二部分讨论民法典对既有的多重民事法律渊源的整合及可能的规范冲突问题；第三部分讨论民法

〔2〕 参见张谷：“对当前民法典编纂的反思”，《华东政法大学学报》2016年第1期，第6—8页。

〔3〕 参见纪海龙：“理想与现实的距离——对中国民法典编纂的冷观察”，《华东政法大学学报》2016年第6期，第20—23页；王理万：“立法官僚化：理解中国立法过程的新视角”，《中国法律评论》2016年第2期，第114—142页。比较法上的经验观察，参见薛军：“中国民法典编纂的组织体制问题：结合意大利经验的讨论”，《比较法研究》2015年第3期，第35—44页；陈卫佐：“德国民法典编纂的组织方式”，《比较法研究》2015年第3期，第14—23页。

〔4〕 苏永钦教授认为，《民法总则》的通过意味着立法者做出了两个不可逆的重大决定：一是制订民法典，二是要制订一部体系严谨、告别部门化民法的法典。参见苏永钦：“体系为纲，总分相宜——从民法典理论看大陆新制定的《民法总则》”，《中国法律评论》2017年第3期，第71—89页。

〔5〕 薛军：“中国民法典编纂：观念、愿景与思路”，《中国法学》2015年第4期，第50页。

〔6〕 参见苏永钦：《寻找新民法》(增订版)，北京大学出版社2012年版，第530—535页。需要注意的是，民法典的纯粹与民法的纯粹是两个非常不同的命题。民法典的纯粹是欲维持其与特别民法之间的功能区隔，冀以两者配合来更灵活地回应社会变迁的需要。就民法整体的立法、司法与理论研究而言，我们恰恰需要更多、更好的政策导向意识，“纯粹”既不可取也不可能。参见薛军：“两种市场观念与两种民法模式——‘社会主义市场经济’的民事立法政策内涵之分析”，《法制与社会发展》2008年第5期，第94—108页。

典的立法技术及其对规范配置的影响。最后是一个简短的小结。

一、体系选择与规则供给

《民法总则》虽曰“总则”，但其呈现的面貌，与其说近于“总”，不如说仍近于“通”。从形式上看，《民法总则》与《民法通则》的结构高度重合、一脉相承，确实像是《民法通则》的“修订版”或“升级版”，〔7〕远不限于以提取公因式的方式前置出来的总则性规范。从内容上看，德式民法典总则的核心是法律行为制度，而法律行为概念的抽象以负担行为（债权行为）与处分行为（物权行为）的区分为基础。〔8〕《民法总则》对法律行为的界定（第133条）虽与《民法通则》（第54条）有别，但对负担行为与处分行为的区分仍未置一词。这似乎表明立法者无意于积极遵循德式路径。当然，《民法总则》的“萧规曹随”也只不过延续了长期以来的暧昧状态，并不妨碍学者〔9〕和司法者〔10〕进行解释。无论如何，一个兼具总则和通则特点的《民法总则》，提示了未来民法典内部的体系安排；不少原则性的规定也对民法典的内外交通给出了指引。这两方面都将深刻影响民法典规则供给的范围。

（一）体系安排

民法典的体系安排问题可以分为两大类。第一类问题是，在民法典采民商合一体例〔11〕

〔7〕 参见柳经纬：“民法总则不应是《民法通则》的‘修订版’”，《法学》2016年第10期，第3—11页。

〔8〕 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，第499—500页。

〔9〕 正如2007年《物权法》的颁行未能消弭我国法上是否采纳了物权行为的争论，“这部法律的意义，似乎仅仅在于为不同立场提供解释与印证的材料而已”。参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第166页。

〔10〕 参见“成都讯捷通讯连锁有限公司与四川蜀都实业有限责任公司、四川友利投资控股股份有限公司房屋买卖合同纠纷案”，最高人民法院民事判决书（2013）民提字第90号（其裁判理由谓：“根据《物权法》第十五条规定之精神，处分行为有别于负担行为”），《最高人民法院公报》2015年第1期。《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〕8号，以下简称《买卖合同司法解释》）第3条更是被普遍认为体现了负担行为与处分行为分离之观念。参见“张洪杰与中国城市建设控股集团有限公司、李殿忠等股权转让纠纷申请案”，最高人民法院民事裁定书（2015）民申字第1342号；“史殿有诉惠凤艳等案外人执行异议之诉案”，最高人民法院民事裁定书（2015）民申字第1884号。

〔11〕 当然，无论“民商合一”还是“民商分立”，都只是对民法、商法之间复杂关系的一种不够确切的、过于简单化的说明。参见刘凯湘：“剪不断，理还乱：民法典制定中民法与商法关系的再思考”，《环球法律评论》2016年第6期，第107—125页；施鸿鹏：“民法与商法二元格局的演变与形成”，《法学研究》2017年第2期，第75—94页。纪海龙博士经整理、比较发现，在存在民法典的国家，所谓民商“小合一”的体例（即商事合同主要规定于民法典，商事组织主要由商事单行法规制，不存在独立的商法典）是近几十年来国际上主流的立法趋势。参见纪海龙：“现代商法的特征与中国民法典的编纂”，《中德私法研究》第15卷（民商合一与分立），北京大学出版社2017年版，第5页。

的背景下,特定的、已经发展得相对成熟的部门民法,是应该进入民法典,抑或仍留在民法典之外?这主要涉及涉外民事法律适用法、各商事部门法、知识产权法乃至劳动合同法等。^[12]这类问题的争议和意义均未必小,但仍属较单纯的体系安排问题,因为这些单行立法都已成型,是否“入典”主要影响的是民法典如何与它们更好地衔接,而无需民法典在相关领域大规模地供给新的规则。《民法总则》的规定,尤其是第五章“民事权利”可谓“包罗万象”,但其目的恐怕只是在于彰显民法典在整个私法领域的基本法地位,而未必暗示民法典会对吸纳部门民法持一个更加开放的态度。从第128条的规定看,《民法总则》是有较为自觉的功能区隔意识的,即作为原则法、常法的民法典主要提供一般规则、建立长期结构,可作为特别民法进行政策权衡的基础;^[13]而根据特定政策目标,对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等特殊主体的民事权益提供特别保护的义务,主要仍留诸特别法。

第二类问题是,在既有立法的基础上,是否应借民法典编纂的东风,制订新法。这主要涉及人格权法和债法总则。《民法总则》第109条、第110条规定了自然人和法人的人格权,虽不乏亮点(如对自然人人身自由和人格尊严的保护进行了一般规定、自然人具体人格权的部分增加了身体权等),但总的来说仍是因袭旧规,流于简单列举,未能进行任何有益的细化。加强人格权立法是民法学界的共识,人格权是否独立成编则一直极具争议。多数人格权规范只是针对具体人格权内涵和外延的说明性规范,虽对于认定人格权保护范围和限度非常重要,但从民法典编纂的角度看,内容与其他各编并不相称,人格权独立成编,除了可能具有价值宣示意义外,未必适宜。^[14]但是,《民法总则》无疑未能对人格权保护供给足够的规范。换言之,从规范供给角度,如果我们确实要加强人格权保护立法,就只有两种选择:要么在编入民法典时较大幅度地充实《民法总则》中的人格权规定,要么就编纂独立的人格权编。体系上是否适宜的考虑,恐怕要让位于规范供给方面的实际考量。

债法总则的问题更加棘手。《民法总则》虽然继承了《民法通则》对“民事责任”概念的偏好,但其对“债权”的界定(第118条第2款)却是更加宽泛的,特别是强调债权不仅可因合同、无因管理、不当得利等而发生,也可因侵权行为而发生,这就给设立单独的债法总则以统合因合同、侵权等不同原因而产生之债权债务关系的一般性问题奠定了概念基础。现行法对债的总则性规定以及对无因管理、不当得利这两种重要法定债的规定,要么付诸阙如,要么极其简陋。无怪乎哪怕在实用主义思路下,在不破坏合同法、侵权责任法彼此独立的既有体例的前提

[12] 参见谢鸿飞:“民法典与特别民法关系的建构”,《中国社会科学》2013年第2期,第98—116页;易继明:“历史视域中的私法统一与民法典的未来”,《中国社会科学》2014年第5期,第136—146页。

[13] 参见苏永钦,见前注[6],第42页。

[14] 参见苏永钦,见前注[6],第85—86页。

下,学者也建议设立一个规模较小的债法总则以供给缺失的规范。^[15]然而,从《民法总则》的规定模式来看,立法者似乎并无编纂债法总则的计划。

债法总则主要可容纳两方面的内容。一是有关债之法律效果的共通性规范。各种债之发生原因的机理与功能各不相同,“其所以构成债之关系的内在统一性者,乃其法律效果之形式相同性”。^[16]亦即,债之构成要件虽不同,法律效果却相似——一方当事人(权利人)可以请求他方当事人(特定义务人)为或者不为一定行为(给付)。因此,这类共通性规范主要围绕给付的类型、内容和命运展开,包括债的标的(如种类之债、货币之债、选择之债)和形态(尤其是多数人之债,如连带之债、不真正连带之债、按份之债)、债的效力和履行(尤其是关于给付障碍的规定)、债的转移(债权让与、债务承担)、债的保全、债的消灭等。《民法总则》仅在“民事权利”一章对“债权”(第118条)进行了定义,以及在“民事责任”一章简要规定了按份责任(第177条)和连带责任(第178条),显然远远不足。当然,《民法总则》原本也并不是债法规则理想的“栖息地”。如果将来不制订债法总则,考虑到立法现状,一种可行的方案是在合同法总则中充实债的共通性规范,特别是要在既有规定的基础上,切实填补缺失的规则;其他债权债务关系则可以依其性质类推适用相应规定。换言之,如果我们能够有针对性地完善合同法总则的规定,“亡羊补牢”,则仍可在相当程度上获得较充分的规则供给——但债法总则的体系整合功能^[17]就只能付诸东流了。

二是有关债之发生规定的规定,特别是在合同法、侵权责任法要独立成编的背景下,对在体系上不便处理的两种重要法定债无因管理和不当得利的规定。对此二者,《民法总则》仍仅各设一条规定,在表述上均略有改进(第121条删去了与“管理”意义有重合的“服务”;第122条改“合法根据”为“法律根据”),但内容基本沿袭《民法通则》第93条和第92条,^[18]规则供给严重不足。无因管理制度看上去不太起眼,但是在不存在合同的情况下,无因管理的承担可以阻却侵权不法性,也可以构成被管理人(受益人)得利的法律根据,在整个债法上具有重要的体系作用;在实务中的应用也渐有扩张之势。^[19]《民法总则》第121条仅规定了管理人对受

[15] 参见薛军,见前注[5],第64页。

[16] 王泽鉴:“债之关系的结构分析”,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第373页。

[17] 有学者认为,在当前的法律背景下,设立债法总则的根本意义不在于简单地确立债的共同规范,而在于通过寻求共同规范来整合现有的债法体系,协调债的一般规则和各种具体债的规范之间的关系。参见陆青:“债法总则的功能演变——从共同规范到体系整合”,《当代法学》2014年第4期,第59—69页。

[18] 甚至连行之多年的司法解释都未吸收进来。参见《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(法(办)发[1988]6号,以下简称《民法通则意见》)第131、132条。

[19] 参见赵廉慧:“作为民事救济手段的无因管理——从准无因管理制度的存废谈起”,《法学论坛》2010年第2期,第149—154页;万方:“论我国无因管理的司法实践”,《法律适用》2016年第10期,第56—62页。

益人偿还支出必要费用的请求权,对其具体构成要件(例如管理人违背本人明示或可推知的意思进行管理时能否构成无因管理)和法律效果(例如管理人因为管理事务而遭受损失或者承担债务时,能否请求受益人赔偿损失、清偿债务)的规定均不够完整,对管理人的义务、不当管理时的责任、“公益管理”、准无因管理等,更是全无规定。不当得利制度就更为重要了。“不当得利制度的机能,在于认定财产变动过程中受益者得保有所受利益的正当性,是否具有法律上的原因”,〔20〕与整个私法秩序紧密相关,可谓民事财产法的兜底规定。第122条仅简单规定了受损失的人对得利人返还不当利益的请求权。且不论不当得利构成的统一说和非统一说孰优孰劣,该条既完全没有处理不法得利等限制返还请求权的例外情形,也没有具体处理返还效果(例如返还的标的、范围,范围是否因得利人善意或恶意而有所区别等)。由于不当得利制度的重要体系地位,相关规则的缺失不仅仅是不当得利制度本身的问题,也会影响其他领域、特别是合同法相关制度的解释适用。例如,不当得利制度会极大影响合同无效、特别是不法合同无效的后续处理。〔21〕无因管理和不当得利是纯债法制度,直接在《民法总则》里充实相关规则于体系上并不适宜。那么,如果将来不制订债法总则,一种可选的方案是在合同法分则中规定,例如在所有的典型合同之后另设一节专门规定无因管理和不当得利制度,亦可算回归其“准契约”的古典传统。〔22〕

(二)内外交通

现代民法典已经不可能是所有私法规则的集大成者,而只能是原则法,其面临的主要困境是如何在保持法典本身的体系性和逻辑性的同时,又能够容纳更多元的价值和更多层次的规则,调和自治与管制之间日益复杂的关系。民法典能够倚仗的是三个极为关键的沟通管道,即宪法的整合机制、民法典中的转介条款和特别单行立法的补充。〔23〕

如前所述,《民法总则》对于民法典与特别民法的功能区隔是有较为清晰的认识的。民法

〔20〕 王泽鉴:《不当得利》(第2版),北京大学出版社2015年版,第3页。

〔21〕 参见许德风:“论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制”,《清华法学》2016年第2期,第74—93页。

〔22〕 在罗马法及继受其传统的法国民法典上,无因管理和不当得利都是典型的“准契约”之债。参见(意)彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》(2005年修订版),黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第303—305页;周相:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第828—838页;罗结珍译:《法国民法典》,北京大学出版社2010年版,第349—350页(第1371—1381条)。

〔23〕 参见茅少伟:“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”,《中外法学》2013年第6期,第1141—1148页。保持民法典开放性的另一种可能管道是在法律渊源上的“分权”,例如在制定法之外,允许习惯创设规则和权利。这一点在《民法总则》第10条有一般性规定,在合同法领域原本也不成问题。但是,《民法总则》第116条因袭《物权法》第5条,仍然坚持严格的物权法定原则(可以对比我国台湾地区“民法”第757条),则习惯在物权法上的应用空间就较为有限(《物权法》仅在第85条涉及相邻关系的处理及第116条第2款涉及法定孳息的取得两处明确可适用习惯)。参见谢鸿飞:“中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达”,《清华法学》2014年第6期,第31页。

典并不试图包揽诸多具体(哪怕是极重要的)制度,而是综合考虑体系便宜、立法现状等因素进行合理安排。如果特定领域的单行法(如知识产权法)未被纳入民法典,其本身已有较为完善的规范群,那么民法典最多只需要做一点原则性规定作为衔接,而不必重复规定。^[24]相反,如果单行法本身的规定不完善,民法典又涉及相关内容,那么,从规则供给的角度看,若该制度适合在民法典中规定,就可以利用法典编纂的机会进行充实。例如,《民法总则》第33条规定了成年人任意监护制度,该制度源自《老年人权益保障法》第26条,但实际上该制度非仅适用于老年人,而是可适用于所有成年人。监护制度本身是《民法总则》“自然人”一章的重点内容,《老年人权益保障法》中的规定很单薄,因此《民法总则》就可以对成年人任意监护制度提供更丰富的规则(例如增设监护监督人的规定以更好地保障被监护人的利益),而现在仍只设一条规定,就未能真正将该制度有效建立起来。

就前两种保持民法典的开放性、调和公私法关系的管道,《民法总则》亦有体现。依循惯例,《民法总则》第1条声明本法是“根据宪法”而制定。无论我们在理论上如何理解宪法与民法的关系,^[25]民法典的编纂总是在特定的宪法/宪政体制下进行的,民法典的适用自然也会受到特定的宪法/宪政体制的影响。我国《宪法》的文本固然有不少局限,其实施亦尚缺乏有力的正式机制,但是也已经具备了相对丰富的规范资源,可以作为民法上进行合宪性解释的基准。^[26]最高人民法院虽然未将宪法列为法院可以/应当引用的裁判依据,^[27]但也只是要求各级法院不得引用宪法作为直接的裁判依据,而并未禁止法院将其作为裁判说理依据。相反,最高人民法院明确认可在民事案件中,宪法“体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述”。^[28]因此,在我国民事审判中使用合宪性解释方法(即在解释法律时,将宪法原则和精神纳入考量)并无体制障碍,也确实存在(尽管多数是隐性的)实践。^[29]

除了第1条和第4条(平等原则),《民法总则》中最能直接与宪法声气相投、可发挥价值整

[24] 参见朱广新:“超越经验主义立法:编纂民法典”,《中外法学》2014年第6期,第1434—1436页。

[25] 参见韩大元:“宪法与民法关系在中国的演变——一种学说史的梳理”,《清华法学》2016年第6期,第151—167页。

[26] 参见林来梵:“民法典编纂的宪法学透析”,《法学研究》2016年第4期,第118页。

[27] 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(法释[2009]14号)。

[28] 参见最高人民法院印发的《人民法院民事裁判文书制作规范》(法[2016]221号)。

[29] 参见黄卉:“合宪性解释及其理论检讨”,《中国法学》2014年第1期,第285—302页;杜强强:“合宪性解释在我国法院的实践”,《法学研究》2016年第6期,第107—125页。近年来最有名的显性实践可能是“中国银行股份有限公司成都高新技术产业开发区支行诉沙某某信用卡纠纷案”,成都高新区法院(2015)高新民初字第6730号民事判决书(法官引用了《宪法》第33条第2款规定的平等原则进行说理)。且不论本案是否有必要引用宪法说理以及具体说理是否妥当,此种引用宪法来说理的做法本身并无任何不当之处(法官甚至在判决书中明确说明“此处引用宪法并非作为裁判依据而仅用于判决说理论证”),也不该如此“稀奇”,以至于引起舆论喧嚣,视为“宪法走进判决书”的突破。

合作用的规定当属第 109 条(“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”)。“人身自由”和“人格尊严”的表述曾在《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(法释[2001]7 号)中首次出现(第 1 条第 1 款第 3 项规定了“人格尊严权、人身自由权”),但适用范围较窄。此次《民法总则》将之作为第五章“民事权利”首个条文明确规定,与《宪法》第 37、38 条遥相呼应,凸显其意义。该规定可认为是我国民法上保护人格利益的一般条款,^[30]不仅可以孵化新型人格权,保护第 110 条列明的具体人格权之外的其他人格利益,在侵权法上具有重要的创制作用;在其他民事领域(如对监护制度的影响、对合同内容和效力的规制等)亦有重要功能,可为民事活动划定底线,为规范整合提供价值引导。

如果说民法典与特别民法功能区隔的实现,取决于在微观上实现特定政策目标的具体规则能否有效供给,而宪法的整合机制是在宏观上提供价值尺度,那么转介条款的运用,则处于一个中间层次:一方面,转介条款本身是抽象的概括条款,能够提供的具体指引有限,而只是建立引进特别法管制政策的管道;另一方面,它又并非诉诸抽象的原则或价值,而是指向民法典外具体的管制规范。苏永钦教授认为我国台湾地区“民法”总则编的第 71 条、债编的第 184 条第 2 项和物编的第 765 条是三个最重要的转介条款,分别转介公法规范来协助划定法律行为、侵权行为和私有财产的界限。^[31]对比来看,《民法总则》第 153 条第 1 款,经历了最后审议关头的“死里逃生”,终得保留,其规制法律行为的转介条款功能已得到司法界和学术界的普遍认可。^[32]《侵权责任法》第 6 条第 1 款是大的一般侵权条款的规定模式,但多数意见认为我国侵权法并未对绝对权和纯粹经济损失提供相同程度的保护。建立在区分保护的基础上,一种有力见解认为,^[33]应当将这个大的一般侵权条款拆分(方法上实质为目的性限缩)为“狭义侵权”(即因过错不法侵害他人绝对权并造成损害)、“违法侵权”(即因过错违反保护他人的法律并造成损害)和“背俗侵权”(即故意以违反善良风俗的方式加损害于他人)^[34]三个小的一般

[30] 有学者认为,在我国法上不必、也不宜使用“一般人格权”概念。参见薛军:“揭开‘一般人格权’的面纱——兼论比较法研究中的‘体系意识’”,《比较法研究》2008 年第 5 期,第 25—39 页。

[31] 参见苏永钦,见前注[6],第 317—338 页。

[32] 《民法总则》第 153 条第 1 款采用了一种较晦涩的表述方式(“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”),且未明确采纳司法解释使用的效力性强制规定与管理性强制规定之区分。但从实质上看,《合同法》第 52 条第 5 项下积累的司法解释资源,包括司法解释、裁判案例和学术研究,均可被继承。较近的研究,参见朱庆育:“《合同法》第 52 条第 5 项评注”,《法学家》2016 年第 3 期,第 153—174 页;姚明斌:“‘效力性’强制规范裁判之考察与检讨——以《合同法解释二》第 14 条的实务进展为中心”,《中外法学》2016 年第 5 期,第 1262—1288 页。

[33] 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,第 37—51 页;葛云松:“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,第 689—736 页。

[34] 这三种一般侵权行为类型的简称袭自苏永钦教授。参见苏永钦:“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》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 310 页。

侵权条款。这一解释方案在实质上得到了越来越多的接受。^{〔35〕} 则对于“违法侵权”类型而言,《侵权责任法》第6条第1款也可以起到重要的转介条款作用——转介主要来自于刑法和行政法的各种保护性规范。^{〔36〕} 相较于针对法律行为和侵权行为的转介条款,第三类针对私有财产权行使的转介条款讨论较少。《民法总则》第132条明确规定了禁止权利滥用的一般原则,即“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”,这同样有可能打开一个公私法沟通的管道,规范当事人的私权行使行为。当然,权利的保护与权利的界限是一体两面,权利的滥用固然要禁止,权利的保护更是要加强,尤其应警惕公权力以国家利益、社会公共利益为名侵害民事主体的权利。正如德国学者施瓦布所言,“授人以一项权利并不因此而导致关于利益合理性的讨论园地开张,而是原则上导致此种讨论结束”,除非存在法律规定的例外情况,否则“只要是在一项权利的授权内容范围之内,该权利就既不受他人利益也不受公共利益的限制”。^{〔37〕}

(三)小结

从《民法总则》推断,未来民法典的体系选择大概率不会有什么“惊喜”或者“意外”。只要能够良好地发挥法典的体系整合功能,这一保守的思路至少也不算太坏。未来的民法典固然不会完全拒绝回应管制的要求,但绝大多数具体的、变迁较快的因事、因人或因时、因地的特殊政策考量还是会留在民法典外,关键是如何衔接;而公私法之间基本的沟通管道也已经铺设,更具操作性和可预见性的规则尚有赖司法实践中案例的积累与发展。^{〔38〕} 民法典仍然会聚焦于民法的基础和核心部分,体系创新既然不是主要关注点,内容充实就应当赢得更多重视。从实用的角度说,更重要的是在民法典中完成基础规则的供给,而不是在哪里完成。在这个意义上,人格权规定是放在总则还是独立成编,债的共通性规定是放在合同编还是独立成编,都只是次要的体系选择,更充分的规则供给才应是关切之所在。

二、多重法源与规范整合

民法典的体系选择限定了民法典直接进行的规则供给的大致范围。在这个有限范围内,能否有效地提供一套足够完整、便利司法裁判的基础规范,是评判民法典成功与否的关键标准。前述人格权、债法总则等方面大规模的规范缺失或尚可归咎于体系局限,但即便《民法总

〔35〕 参见最高人民法院侵权责任法研究小组编著:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第20—27页。

〔36〕 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,第91—94页。

〔37〕 参见(德)迪特尔·施瓦布:《民法总论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第176页。

〔38〕 苏永钦,见前注〔6〕,第360—362页。

则》重点关照的领域——如民事主体、法律行为、代理等——也存在严重的规范缺失、不完整、不准确等问题,这就充分说明了规范整合的任务并不容易完成。两重特殊的历史原因无疑加剧了整合的难度。其一,中国民法典编纂并不是在白纸上画图,而是一个“边建边拆,为既有小区回填地基、重接管线的艰巨工程”,^[39]即需要在诸多现行立法的基础上“回填”一个民法典。这很自然地就会涉及民法典作为新法、一般法、上位法,与诸多旧法、特别法、下位法的关系问题。其二,由于特殊的法治发展历程,在既有的民事法律渊源中,法源地位微妙的民事司法解释实质上占据了极端重要的地位,其本身缺乏规范的“退出”机制,^[40]而近年的重要民事立法(如《物权法》《侵权责任法》等)在清理、吸收司法解释方面又颇为懈怠,造成了很多无谓的混乱。^[41]以至于有学者断言:“如果中国民法典编纂不能妥善处理与业已存在且规模巨大的司法解释的关系,将不可能取得真正的成功。”^[42]

(一)规范整合

我们以《民法总则》第六章“民事法律行为”(第133—160条)和第七章“代理”(第161—175条)——这是最重要的总则性规范——为例考察规范整合的情况。这两章共43条,数量占比不算特别大(约占全部条文的五分之一),但技术性最强。与《民法通则》和《合同法》相比,《民法总则》在很多方面确实大为充实和改进了。例如,第六章的“意思表示”一节明确规定了有相对人的意思表示(第137条,又分为以对话方式作出的和以非对话方式作出的意思表示)和无相对人的意思表示(第138条),区分其生效时间,并规定了针对不同类型意思表示的不同解释方法(第142条,尽管未必合理),并澄清了沉默的意义(第140条第2款);“民事法律行为的效力”一节整合了原来的乘人之危和显失公平制度(第151条),未再规定“以合法形式掩盖非法目的”的法律行为无效规则。又如,第七章的“委托代理”一节明确规定了共同代理(第

[39] 苏永钦,见前注[6],第109页。

[40] 根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(法发[2007]12号)第6条和第30条,“司法解释需要修改、废止的,参照司法解释制定程序的相关规定办理,由审判委员会讨论决定”,“修改或者废止司法解释,采用‘决定’的形式”。除了若干修改决定外,目前已有十多件废止决定,最近的为《最高人民法院关于废止部分司法解释和司法解释性质文件(第十二批)的决定》(法释[2017]17号)。然而相较于历年积攒的司法解释之庞大与复杂,无论是从数量、频率还是从涉及范围来看,此类废止决定都只是“杯水车薪”。此外,如果前后有多个司法解释涉及同一问题的,最新的司法解释往往会明确“新法优于旧法”——“本解释施行后最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的,以本解释为准。”但这也只能解决一部分规范冲突问题,并不能解决全部、有时候甚至反而催生了新的解释难题(例如新一般法与旧特别法的关系)。

[41] 例如,《物权法》第191条与《担保法》第49条及《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]44号)第67条之间的关系至今仍然争论不休,就是典型的前车之鉴。相关讨论,参见孙宪忠、徐蓓:“《物权法》第191条的缺陷分析和修正方案”,《清华法学》2017年第2期,第83—92页;程啸:“论抵押财产的转让”,《中外法学》2014年第5期,第1374—1399页;刘贵祥、吴光荣:“论未经抵押权人同意之抵押物转让的效力”,《比较法研究》2013年第5期,第41—60页。

[42] 薛军:“民法典编纂如何对待司法解释”,《中国法律评论》2015年第4期,第48页。

166条)、自己代理与双方代理之禁止及例外(第168条)、职务代理(第170条)等。但是,这两章规定依然存在很多明显的问题。

一是规范供给不完整,很多地方仍是简单沿袭旧法,未作必要的补充或澄清。例如,对非常重要而又疑难的重大误解制度(第147条),立法者未作任何进一步的阐释,甚至未将司法解释中的内容吸收进来;^[43]法律行为附条件制度沿用《合同法》规定,仅简单将合同改为法律行为,对条件的意义、类型、附不同类型条件的法律后果,以及条件成就与否未定期间当事人特殊的权益保护与处分限制问题,^[44]均无规定;“代理”部分未能对聚讼纷纭的表见代理(第172条)的构成进行澄清,^[45]也未处理相关的冒名行为问题。最典型的要属《民法总则》第157条对无效法律行为后果的规定,该条几乎照搬《民法通则》第61条第1款和《合同法》第58条,未作任何改进。实际上,无效法律行为的后果极为复杂,远非这一简易规定可以处理。无论物权返还请求权(《物权法》第34条)、不当得利返还请求权(《民法总则》第122条),抑或缔约过失损害赔偿请求权(《合同法》第42条),都已有专门规定,相关问题可以回到各请求权基础规范之下具体处理。也就是说,第157条只是简单罗列了法律行为无效后当事人之间可能发生的各项请求权,或者说给出了各项请求权的一个适用场合,而并未就各项请求权设置与基本规定不同的、特别的构成要件或法律效果。当然,我国民法上物权返还请求权、不当得利返还请求权等规定都极为粗疏,回归到基本规定也未必能“得其所”。如果我们有基本的体系观念,就能清楚地意识到此处存在的大量规则缺失及其引发的问题。那么,另一种可能的选择是将第157条作为独立的请求权基础,就在此对法律行为无效后的返还、折价补偿、损害赔偿等请求权的构成要件和法律效果进行实质性建构,^[46]这样或许反而更符合我国司法实践的习惯做法。然而,如今的第157条显然毫无作为。

二是增删修改不彻底。例如,《民法总则》第146条首次明确规定了通谋虚伪表示制度,却未同时规定单方虚伪表示(真意保留)制度,也未处理通谋虚伪表示对善意第三人的效力问题;第149条、第150条增设了第三人欺诈和第三人胁迫制度,但同样未规定欺诈、胁迫(以及重大

[43] 参见《民法通则意见》第71条。事实上,该条司法解释很可能影响我国重大误解(意思表示错误)制度的建构逻辑。参见龙俊:“论意思表示错误的理论构造”,《清华法学》2016年第5期,第117—133页。

[44] 比较法上的处理,参见《德国民法典》第160、161条;《日本民法典》第128、129条及第131—134条。理论阐述,参见朱庆育,见前注[9],第126—133页。

[45] 直到《民法总则(草案三次审议稿)》(第176条)都还保留了对表见代理构成例外的规定,后被删去。较近的研究,参见朱虎:“表见代理中的被代理人可归责性”,《法学研究》2017年第2期,第58—74页。

[46] 一种走得更远的重构思路是,考虑到合同解除后的“恢复原状”“采取其他补救措施”与合同无效、被撤销后的返还财产、折价补偿之间具有共通性,可将合同无效、被撤销、解除乃至未成立、未生效等情形下的返还清算问题熔于一炉,建构统一的返还清算之债。参见汤文平:“法律行为解消清算规则之体系整合”,《中国法学》2016年第5期,第132—155页。

误解)的撤销能否对抗善意第三人的问题;第154条改进了恶意串通规则的表述,但并未能准确揭示其意旨。^[47]在“代理”部分,《民法总则》删去了荒谬的委托书授权不明的规定(《民法通则》第65条第3款),^[48]却仍然保留了“代理人和相对人恶意串通,损害被代理人合法权益的,代理人和相对人应当承担连带责任”的规定(《民法总则》第164条第2款;《民法通则》第66条第3款)。代理人与相对人恶意串通可认为是一种代理权滥用的情形,此时可构成狭义的无权代理,被代理人可以选择是否追认。代理人是否以及如何承担责任,主要取决于代理人与被代理人之间的基础关系,无须、也不能简单诉诸本条。代理人与相对人恶意串通,对被代理人利益造成损害的,也可构成共同侵权(《侵权责任法》第8条),连带责任问题亦无需赘述。

三是规范表述不准确。抛开“法律行为”还是“民事法律行为”“任意/意定代理”还是“委托代理”这类历史遗留的语词使用问题,在规范意旨的阐述方面,《民法总则》许多规定也有相当的不足。例如,第152条修订了《民法通则意见》和《合同法》对撤销权行使期间的规定,更加细致,如第1款缩减了重大误解行为的撤销期间(3个月),明确了胁迫行为撤销期间的特殊起算时点(自胁迫行为终止之日起计算),第2款增设了最长行使期间(5年)。一个可能的疑问是,如果胁迫行为5年之内仍在持续,5年后,受胁迫的当事人能否再行使撤销权?如果认为不可以,对受胁迫当事人的保护似嫌不周;如果认为可以,现在这种规定方式(第2款规定的最长期间似乎适用于第1款中所有撤销事由)就会让人产生疑虑。又如,第171条第3款新增规定,在无权代理未被追认时,“善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿,但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益”。该款仅从相对人是否善意的角度出发,而完全没有顾及代理人本身对无权代理事实是否明知或应知。在相对人为善意,又无法通过表见代理制度获得保护时,可以请求无权代理人承担责任,而无论其有无过错(“法定担保责任”),^[49]这本身没有问题。但是代理人可归责性的大小仍然应当影响其承担责任的范围,即:在代理人明知或应知其无代理权时,应当承担较重的责任,包括履行债务的责任或者以履行利益为标准的损害赔偿;在代理人不知其为无权代理时,应当承担较轻的责任,即不超过履行利益的信赖利益赔偿责任。该款规定不恰当地杂糅了应当区分对待的不同情形,易生误解。^[50]

[47] 参见茅少伟:“论恶意串通”,《中外法学》2017年第1期,第143—170页。

[48] 参见葛云松:“委托代理的授权不明问题——评《民法通则》第65条第3款”,载葛云松:《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社2008年版,第282—294页。

[49] 王泽鉴:《债法原理》(第2版),北京大学出版社2013年版,第292页。

[50] 参见谢鸿飞:“代理部分立法的基本理念和重要制度”,《华东政法大学学报》2016年第5期,第71—72页;方新军:“《民法总则》第七章‘代理’制度的成功与不足”,《华东政法大学学报》2017年第3期,第46页;迟颖:“《民法总则》无权代理法律责任体系研究”,《清华法学》2017年第3期,第125—128页。不同意见,参见纪海龙:“《合同法》第48条(无权代理规则)评注”,《法学家》2017年第4期,第171页。

(二)规范冲突

单章而论,第三章“法人”(第57—101条)的篇幅在《民法总则》中占比最大,在立法过程中也备受瞩目,关注焦点主要在法人的分类。采用何种分类方式是一个合目的性的问题,能否妥善把握公与私、民与商、一般法与特别法等关系,不仅影响规则的提炼与供给,也关乎自治与管制的根本理念。^[51]《民法总则》最后采用营利法人与非营利法人的分类,合理与否暂且不论,此处仅从规范整合与规范冲突的角度略举两例,以为验证。

一是《民法总则》“法人”章的“一般规定”与“营利法人”两节,与《公司法》及其司法解释的关系问题。这两节里有不少规定是全新的或者是澄清性的,例如法人的分支机构以自己的名义从事民事活动及相应的责任承担问题(第74条),此种规定无论是否完全妥当,通常不会跟现有规定产生直接冲突。其他则不然。例如,《民法总则》第70条第2款规定,在法人解散、需要清算时,“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人”。而根据《公司法》第183条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》(法释〔2014〕2号修正)第18条等规定,有限责任公司的清算义务人是股东,股份有限公司的清算义务人是董事和控股股东。那么,《民法总则》的新规定对《公司法》有无影响?譬如,有限责任公司的董事是否也为清算义务人?还是说,《公司法》算“法律、行政法规另有规定的”情形,可一仍其旧?再如,《民法总则》第75条很显然吸收了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(法释〔2014〕2号修正)第2—5条的规定,但是远为简略。根据该司法解释第2条,公司发起人为设立公司以自己的名义对外签订合同的,合同相对人可以请求该发起人承担合同责任;仅在公司成立后对该合同予以确认,或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务时,合同相对人才可以请求公司承担合同责任。然而,《民法总则》第75条第2款直接赋予了第三人选择权,即“设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任,第三人有权选择请求法人或者设立人承担”,是否妥当?是否实质上改变了公司法下的规则?又如,《民法总则》第85条规定营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程的,营利法人的出资人可以请求法院撤销该决议——这是将《公司法》第22条第2款的规定扩张至全部营利法人。但是,《民法总则》却没有明确规定该撤销权的行使期间。那么,其他营利法人是否可以类推适用《公司法》规定的60日期间?《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(法释〔2017〕16号)就决议程序的严重瑕疵,增设了“决议不成立”的类型(第5条),且其效果更近于无效,而非可

[51] 参见张谷:“管制还是自治,的确是个问题!——对《民法总则(草案)》‘法人’章的评论”,《交大法学》2016年第4期,第68—79页。另可参见王涌:“法人应如何分类——评《民法总则》的选择”,《中外法学》2017年第3期,第609—644页。

撤销,又如何理解其与《民法总则》第85条的关系?这些问题的答案都不清晰。

二是《民法总则》第62条规定的法定代表人职务侵权责任承担的问题。一般认为,我国民法采法人实在说,法人自身是有侵权能力的,该条第1款即认为法定代表人因执行职务发生的侵权行为可视为法人自身的侵权行为,责任由法人承担;第2款则明确规定法人承担责任后对法定代表人的追偿权,以避免实在说下解释的困难(既然是自身行为,为何可向他人追偿)。〔52〕存疑的是,对职务侵权行为,至少在某些情况下,法定代表人本人是否也可能需要对外承担责任?法定代表人有过错的,法人承担责任后可以追偿,那么如何认定法定代表人的过错?我们固然可以说法定代表人是法人的机关,但这并不能改变是一个自然人担任法定代表人职务的事实。那么,相关的问题是,法定代表人与法人其他的代理人、工作人员,在职务侵权的处理上,是否应有实质的不同?这就又涉及到对《侵权责任法》和《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,以下简称《人身损害赔偿司法解释》)相关规定的理解。《侵权责任法》第34条第1款仅规定了“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任”,既未规定工作人员自身是否应对他人承担责任,也未规定用人单位承担责任后是否享有追偿权。《人身损害赔偿司法解释》第9条则在明确规定“雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任”的基础上,同时规定“雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任”,且“雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿”。那么,《侵权责任法》的规定方式是有意要改变上述司法解释,确认工作人员无须因职务侵权行为对外承担责任且用人单位承担责任后不能向工作人员追偿,抑或只是对相关问题保持沉默、未予明确处理,因此司法解释可以继续适用?理论上仍争论不休,但司法实践采纳了后一种观点。〔53〕倘若我们接受前一种观点(上述司法解释已被《侵权责任法》取代,不能再适用),或者虽采后一种观点(上述司法解释仍可适用),但认为《侵权责任法》第34条仅处理用人者责任、不处理法人侵权问题,那么《民法总则》第62条就很重要——这实际上是对法人侵权问题供给了新的规则,尤其是确认了法人的追偿权,但法定代表人是否需要对外承担责任仍不清晰。倘若我们接受后一种观点,并认为《侵权责任法》第34条同时处理用人者责任和法人侵权责任,〔54〕那么《民法总则》第62条就仅仅是《侵权责任法》第34条第1款的注意规定而已。遗留的问题是,对法定代表人采用更苛刻的追偿标准(有过错

〔52〕 参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第174—177页。

〔53〕 典型案例,参见“上海市松江区叶榭镇人民政府诉蒋荣祥等水污染责任纠纷案”,上海市松江区人民法院民事判决书(2012)松民一(民)初字第4022号,《最高人民法院公报》2014年第4期。

〔54〕 多数意见认为,《侵权责任法》第34条有意统一处理,即认为该条规定的工作人员不仅包括一般工作人员,也包括用人单位的法定代表人、负责人、董事、监事、经理、清算人等。参见最高人民法院侵权责任法研究小组,见前注〔35〕,第245—246页;王利明:《侵权责任法研究(下卷)》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第75页;程啸:《侵权责任法》(第2版),法律出版社2015年版,第404—405页。

即可,而无须是故意或重大过失)是否合理?可以说,这一解释难题完全是由《侵权责任法》暧昧的沉默造成的。乱象之中加入《民法总则》,也就愈见其乱。如果不能对既有规则(尤其是司法解释)有一个比较清晰和充分的梳理,甄别已经或可能产生的形式或实质性的规范冲突,民法典提供的规则哪怕本身是良好的,也会制造或增加混乱,而不能起到应有的澄清作用。^[55]

(三)小结

未来民法典体系整合的效果可以从正反两方面观察和评估。正面标准是“迎新”,即看民法典能否在过去三十多年的立法、司法裁判经验和理论研究的基础上,最大程度地提供清晰、完整、体系化的规则。反面标准是“辞旧”,即看民法典能否清理冗杂、重复甚至互相矛盾的旧法,避免“叠床架屋”、保留乃至产生更多无意义的规范冲突。

不能“辞旧”,实际上也就无法“迎新”。在诸多民事法律渊源中,庞大的司法解释群构成了特殊的整合对象,也产生了特殊的整合困难。在一个转型的社会和时代,技术、价值观和交往需要都在加速变迁,层出不穷的新问题被提出,规划再完备的法典也会应接不暇,有意/无意、开放/隐藏、自始/嗣后的“漏洞”百出,而要求法院在必要时予以填补。^[56]因此,尽管在宪政分权的意义上或许仍有疑虑,但法院、尤其是最高法院日益成为重要的补充性、有时甚至是探索性的实质上的“立法者”,即使在大陆法系国家也日益习以为常。^[57]从这个角度可以说,最高人民法院的工作内容本身并不特别,特别的是其工作方法——主要以制订司法解释(抽象条文),而非裁判案例的方式来统一法律适用和补充供给规则。

必须承认,在我国当代私法的发展进程中,司法解释曾经起到非常重要的积极作用,^[58]但清理旧的司法解释、厘清司法解释与制定法之间的关系、进一步明确司法解释应当发挥作用的范围和方法等,确实也已经迫在眉睫。^[59]要妥当解决这些问题,需要立法与司法的“合力”。首先,立法应该努力“截流”于前,即尽量清理、吸收既有的司法解释,^[60]提供一个既能承前、更能启后的民法典文本。这对立法者提出了两方面的要求,一是要能准确把握现行民事立法的主要不足,利用法典编纂的机会进行有意识的整理和补充;二是要能充分理解民法典的

[55] 参见薛军:“民法典编纂与法官‘造法’:罗马法的经验与启示”,《法学杂志》2015年第6期,第31—32页;朱广新,见前注[24],第1439—1443页。

[56] 参见(德)伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第343页以下;(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第246页以下;王利明:《法律解释学导论——以民法为视角》(第2版),法律出版社2017年版,第545页以下。

[57] 关于在德国“法官法”能否成为法律渊源的讨论,参见魏德士,同上注,第104—113页。

[58] 参见柳经伟:“当代中国私法进程中的民商事司法解释”,《法学家》2012年第2期,第85—99页。

[59] 参见张谷,见前注[2],第7—8页;薛军,见前注[42],第49—51页;张新宝、王伟国:“最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨”,《法律科学》2010年第6期,第109—124页。

[60] 参见薛波:“错位与归位:民法典编纂中的司法解释”,《学习与实践》2017年第4期,第69—75页。

基本法性质,不仅在抽象理念与功能上与特别民法相区分,而且要注意具体制度上的衔接,尽量避免因新/旧、上位/下位、一般/特别的关系而再滋生困扰。^[61]

其次,司法应该努力克制于后。在民法典出台之后,最高人民法院如果仍要制订司法解释,也应当紧扣制定法,根据“立法的目的、原则和原意”,“主要针对具体的法律条文”(《立法法》(2015年修正)第104条第1款)^[62]进行阐明和补充。换言之,司法解释应当具体指明其解释的规范对象,而不宜再直接针对“某一类案件、某一类问题”或者“根据立法精神”制定抽象的解释。^[63] 司法解释的制定往往是为回应司法实践中的急迫需要,可以说都是问题驱动的。但是前一类司法解释是将问题置入具体的制定法语境中,通过解释(有时是发展)具体的制定法规范来更好地解决问题,因此可以说是“规范导向型”的,更近于“解释”;后一类司法解释则直面问题,以直接供给相应规则的方式解决问题,经常并不清楚指明与具体制定法的关联,因此可以说是“问题导向型”的,更近于“立法”。在前法典时代,由于长期以来规则供给的不足以及民事法源的分散化,“问题导向型”的司法解释有其必要性和历史功绩。但在后法典时代,司法解释应当全面实现从“问题导向型”到“规范导向型”的转型。这不仅是形式或名称的变化,^[64]更是方法的进步。如果民法典足够完善,这一点就能够做到。狭义的阐明类解释固不必论,即使是漏洞补充的工作,也仍可遵从这一原则。因为纵使时移势迁致法律产生漏洞,绝大多数也属于“规范漏洞”(具体的规范本身不圆满)或“规整漏洞”(在某个法律制度中缺少必要的规则),后者尽管无法指向特定的条文,但也有具体的制度背景,即在制定法体系中仍有一个清晰的位置。^[65] 同时,最高人民法院可以更好地发挥指导案例的作用,通过案例来“统一法律适用,提高审判质量,维护司法公正”,^[66]乃至补充和发展法律,长远来看这种方式不仅

[61] 有学者批评《民法总则》中存在大量的外部援引(尤其是“隐性援引”)规范,损害了民法典基本法的地位,减损了法典化的价值,加剧了法律渊源的分散化,增加了主体找法的困难。参见石佳友:“民法典的立法技术:关于《民法总则》的批判性解读”,《比较法研究》2017年第4期,第133—136页。

[62] 另可参见《人民法院组织法》(2006年修正)第32条;《各级人民代表大会常务委员会监督法》第31条;1981年《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》。

[63] 参见《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第6条第2、3款。

[64] 从当前的司法解释观察,名称往往并不能说明其性质。无论是针对《合同法》《公司法》《保险法》《企业破产法》等的系列司法解释,还是《人身损害赔偿司法解释》《买卖合同司法解释》等,实际上都包含两种类型的条文。但是,后一类名称的司法解释数量更为庞大(最近的《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2017]20号)、《最高人民法院关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2017]23号)、《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》(法释[2018]2号)等均属此类),已能粗略说明一些问题。

[65] 如果法律对某一生活领域完全没有规定,而法律共同体又认为相关制度确有必要,就会产生所谓“法的漏洞”(或称“领域漏洞”),此种“漏洞”应主要由立法者填补,司法者并无填补此类“漏洞”的一般权限或义务。参见拉伦茨,见前注[56],第249—254页;魏德士,见前注[56],第350—354页。

[66] 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(法发[2010]51号)第1条。

更“司法”，也更“合法”。〔67〕

三、立法技术与规范配置

“工欲善其事，必先利其器”。民法典规范整合的效果，一方面取决于立法者对具体制度的内涵及其所处体系能否有更准确的认知，另一方面也直接受立法技术的约束，前述讨论已反复印证这一点。广义上的立法技术，可认为是一种“转化”的技术，即将对特定问题的客观认识、价值判断和政策选择转化为清晰、可行的法律方案的技术。〔68〕这涉及立法语言的规范化，包括在继受与创新的双轨影响下，对关键概念的审慎使用；〔69〕涉及法律文本中编、章、节、条、款、项、目的合理安排（《立法法》第61条第1款；〔70〕但归根结底，涉及对民事规范性质的认识，这又主要体现为对任意规范与强制规范、裁判规范与行为规范不同功能的理解。

（一）任意规范

任意规范与强制规范是民法规范最基本的分类，区别标准在于行为人能否以其意志排除适用——任意规范可以被当事人排除或修正，而强制规范必须得到当事人的遵守。〔71〕民法是自治法，以意思自治为基本原则（《民法总则》第5条），绝大多数民法规范都是任意规范，因此“任意性规范理应在民法典的规范类型和配置关系中居于中心地位”。〔72〕然而，一个合理的疑问是，既然遵循自治原则，民法典“为什么还要用大量的条文规范各种交易关系，又不给予这种规则强制的效力，容许交易者任意创设新的甚至相

〔67〕 有学者认为，最高人民法院目前的司法解释和指导性案例都是“权力输出型”的司法规则供给体制，应该将案例指导制度逐步改造为“权威生成型”的判例制度。参见刘树德：“最高人民法院司法规则的供给模式——兼论案例指导制度的完善”，《清华法学》2015年第4期，第81—93页。

〔68〕 参见拉伦茨，见前注〔56〕，第114页。

〔69〕 一个例子，参见茅少伟：“防御性请求权相关语词使用辨析”，《法学》2016年第4期，第23—34页。

〔70〕 例如，《民法通则》第4条规定了自愿、公平、等价有偿、诚实信用等四项基本原则；《物权法》第35条同时规定了排除妨害请求权和消除危险请求权；《合同法》第54条第2款同时规定了欺诈、胁迫和乘人之危制度。这种规定方式以往很常见，引用法条、检索案例时颇为不便。《民法总则》在立法技术上的一大改进就是条、款、项的使用更加成熟，规范引用可以更加便利和准确。例如，《民法总则》第4条至第9条分别规定了各项基本原则；第147条至第151条分别规定了重大误解、欺诈、第三人欺诈、胁迫（包括第三人胁迫）、显失公平等制度；第153条以两款分别规定了法律行为违法无效和违反公序良俗无效的规则。遗憾的是《民法总则》的改进也并不彻底，例如第110条的两款对诸多具体人格权进行了简单列举。

〔71〕 这一区分并非截然分明，介于两者之间的尚有所谓“半强制规范”，包括主体半强制规范、内容半强制规范和时间半强制规范等。参见朱庆育，见前注〔9〕，第50—56页。

〔72〕 王轶：“民法典的规范类型及其配置关系”，《清华法学》2014年第6期，第58页。

反的规则”？^{〔73〕}

这显然与任意规范的功能有关，简而言之，一为促进效率，二为增进公平。就效率而言，多数任意规范最基本的功能是模拟典型交易形态中当事人的意思，“为交易各方提供他们在有足够时间和金钱来协商交易各个方面时本来会达成的”条款。^{〔74〕}一方面，通过任意规范（尤其是各种典型合同）的设置，使得大量的常规交易不必反复消耗缔约成本于各种非必要之点的约定上，当事人只需要着眼于最重要的关切点，以“法定”的权利、义务与风险的分配为基础作适当增减即可（对于大多数简单交易，实际上只需要确定交易类型），因此，这类任意规范越是能准确反映社会常见的交易类型与条件，其节省交易成本的作用就越大；^{〔75〕}另一方面，任意规范可以提高裁判的可预见性，例如当事人即使未对合同履行障碍问题进行协商与约定，也可以通过法律规定来计算违约与防止违约的成本，因此，这类任意规范在概念使用、要件构成及法律效果上越是精确，其提高可预见性的作用就越大。^{〔76〕}就公平而言，尽管任意规范“在很大程度上，不过是诚实而理性的当事人的可推测的意思在法律上的类型化”，但立法者通过何种标准和程序来选择、确认这些规范，也不可能不具有价值判断的色彩；典型任意规范的意义是就整个合同框架，“在当事人间合理地确定义务与权利、负担与利益、风险与机会的归属，并进而对交换公正原则，特别是对客观的或实质的等价原则试图予以具体化”，^{〔77〕}因此对合同的内容尤其是格式条款的规制具有重要的范式作用。^{〔78〕}

强制规范又可以分为强行规范（要求当事人为积极行为）和禁止规范（禁止当事人为某种行为）。除了少数不直接规制具体行为、而是确立自治行为的构成性规则和基本前提（如主体资格与行为能力）的规定外，民法上的强制规范多属禁止规范，其主要目的是基于交易安全和公共利益的考虑划定私人行为的合理边界，而非直接指令当事人如何行

〔73〕 苏永钦：“现代民法典的体系定位与建构规则”，见前注〔6〕，第93页。

〔74〕 这类占绝对多数的典型任意规范也称“多数型任意规范”（majoritarian default rules），有学者认为还存在另一类特殊的“惩罚性任意规范”（penalty default rules）。See Ian Ayres and Robert Gertner, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No.1, 1989, pp. 87-130.

〔75〕 换一个角度说，立法具有规模经济的成本优势，因此当国家创设任意规范的一次性成本小于私人解决问题的总成本之和时，由国家通过立法的方式提供一套任意规范就是有效率的。See Alan Schwartz, “The Default Rule Paradigm and Limits of Contract Law”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 3, Issue 1, 1993, pp. 389-420.

〔76〕 参见苏永钦，见前注〔34〕，第16-17页。

〔77〕 （德）卡拉里斯：“债务合同法的变化”，张双根译，《中外法学》2001年第1期，第41页。

〔78〕 参见杜景林：“合同规范在格式条款规制上的范式作用”，《法学》2010年第7期，第29-38页。

为;民事生活中绝大多数行为规范仍然来源于公法,而经由各转介条款间接进入民法。^[79]

任意规范与强制规范的功能不同,规范供给逻辑以及对其合理性的评判标准也就相应地不同。对于任意规范,主要评判标准为:是否准确反映了多数交易主体的典型行为模式,^[80]是否体现了合理的利益分配,以及规范群是否完备。对于强制规范,主要评判标准为:对于实现特定管制目标而言是否必要;如确属必要,规范表达是否足够准确、清晰。

立法者对任意规范与强制规范的区分当然并不陌生,标志性的“(当事人)另有约定的除外”在《民法总则》中也俯拾可见(如第67条第2款、第136条第1款、第137条第2款、第166条等)。以《民法总则》中两项有关“时间”的规定为例。第204条规定:“期间的计算方法依照本法的规定,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”很显然,立法者认为期间计算是当事人可以自治的事项。那么,一个可能的批评是,《民法总则》的规定不够完整,例如应当将司法解释曾经规定过的自然计算法^[81]吸收进来。相反,第197条明确规定:“(第1款)诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定,当事人约定无效。(第2款)当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。”一个可能的疑问则是,诉讼时效规定到底具备何种公共利益的考量,以至于必须作为强制规定?将诉讼时效理解为任意规范,同时考虑私权当事人之间的利益平衡以及意思自治与国家管制之间的平衡,为当事人时效利益的自由处分设置若干合理的边界,是否反而是更优的选择?^[82]任意规范的不完整、不准确固然会带来很多问题,但至少不会直接侵害当事人积极的自治空间,而强制规范的扩张却可能阻碍自治机制的有效运作。因此,私法自治原则要求,在民事规范是否具有合理的特定公共政策目的尚不明确时,解释上应遵循“有疑

[79] 参见苏永钦,见前注[34],第17—20页;朱庆育,见前注[9],第54—56页。

[80] 违背此一基本的规范配置逻辑的任意规范会极大增加当事人的交易成本,因为这意味着多数当事人总是需要通过另行约定来避开它,否则就可能被适用不利的任意规范。备受争议的《物权法》第176条即为一例。近来引起热议的相关案例及讨论,参见“中国农业发展银行乾安县支行与江苏索普(集团)有限公司、上海儒仕实业有限公司保证合同纠纷案”,最高人民法院民事判决书(2016)最高法民终40号;高圣平:“混合共同担保的法律规则:裁判分歧与制度完善”,《清华法学》2017年第5期,第139—163页。

[81] 《民法通则意见》第198条第1款规定:“当事人约定的期间不是以月、年第一天起算的,一个月为三十日,一年为三百六十五日。”自然计算法(按实际时间精确计算)与历法计算法(按日历所定年、月、周、日计算)的差别主要体现在以月、年计算的情形。参见梁慧星:《民法总论》(第5版),法律出版社2017年版,第269页。

[82] 参见金印:“诉讼时效强制性之反思——兼论时效利益自由处分的边界”,《法学》2016年第7期,第122—136页。

义,从自治”原则。〔83〕

(二)裁判规范

民法规范绝大多数为任意规范,实际上也就决定了其主要发挥裁判规范的功能。〔84〕任意规范的功能若干,但从法律适用角度来说,其主要价值即在于填补合同漏洞,补足当事人的意思,为司法者提供公正裁判的规范。〔85〕尽管当事人可以排除任意规范,但反过来说,只要未被当事人排除,相关的任意规范就可能被适用。因此,也可以说,“任意性法律规范不存在有无拘束力的问题,只存在拘束力如何发生的问题”,“当事人对于任意性法律规范只存在表示排除适用和选择适用的自由,而不存在选择适用和不排除适用之后不受拘束的问题”。〔86〕法官就更必须受任意规范的约束,这主要体现在填补合同漏洞时——除非明显与意思自治相悖,否则立法者事先制定的任意规范通常应优先于法官事后自为的补充性解释。〔87〕通过任意规范的设置与适用,法律可以传达一定的价值倾向,并促成发生争议时法律状况的一致性和明确性,即可以通过对大量的相似案件予以相同处理,加强法律安全的功能。〔88〕

既然民法规范主要是裁判规范,那么民法典的预设读者主要也就是裁判者。退一步说,民法典的“透明度”或者“易于理解性”首先是对于专业人员而言的,其次才是对非专业人员而言的。〔89〕从这个角度看,对于立法语言风格的选择,确实可以说,评判其优劣的首要标准不应当是通俗或者专业,而应当是准确与否。〔90〕以数量有限的法律规范应对有无限可能的现实生活,必然要求法律规范具有抽象性的特征;而法律规范的抽象特征意味着它总是要经过解释才能被适用。法律语言的“通俗”可能意味着明白晓畅,也可能意味着含混不清;“专业”可能意

〔83〕 苏永钦,见前注〔34〕,第45页。

〔84〕 我国通说认为民法规范兼具行为规范与裁判规范属性。参见梁慧星,见前注〔81〕,第36页;王利明:《民法总则》,中国人民大学出版社2017年版,第16—17页。朱庆育教授则认为,任意规范并不能直接拘束行为人,其对当事人的行为取向产生作用,不过是作为裁判规范的任意规范辐射于生活世界的影响,因此最多可称之为“隐性行为规范”。参见朱庆育,见前注〔9〕,第60—61页。

〔85〕 参见朱庆育:“民法典编纂中的两个观念问题”,《北大法律评论》(2001)第4卷第2辑,法律出版社2002年版,第562页。

〔86〕 王保树:“公司法任意性法律规范适用的留意点”,《国家检察官学院学报》2011年第1期,第153页。

〔87〕 参见朱庆育,见前注〔9〕,第51页;拉伦茨,见前注〔56〕,第179—181页;(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第260页。不同意见,参见王轶:“民法典的规范配置——以对我国《合同法》规范配置的反思为中心”,载王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版,第219页;韩世远:“民事法律行为解释的立法问题”,《法学》2003年第12期,第67—68页;刘勇:“合同补充解释的理论构造及立法选择”,《浙江社会科学》2017年第3期,第51—58页。

〔88〕 参见(德)舍费尔、奥特:《民法的经济分析》(第4版),江清云、杜涛译,法律出版社2009年版,第409页;(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第762页。

〔89〕 参见周江洪:“论民法典透明度的实现及其障碍”,《法制与社会发展》2015年第6期,第88—91页。

〔90〕 参见朱涛:“民法典编纂中的立法语言规范化”,《中国法学》2017年第1期,第230—248页。

味着佶屈聱牙,也可能意味着稳定确当。归根结底,对于现代立法来说,法律语言的复杂是源于法律的复杂,而法律的复杂“是现代国家的社会复杂性的镜子”,“由于法律必须以切实可行的、符合法律系统性的方式回应大量的、不断变化的问题与冲突,法就只能变得更加复杂并且捉摸不透”。^[91] 因此,很大程度上法律语言的专业不是反应了某种偏好,而是一种需要。类似地,对于我国立法普遍采用的抽象编纂技术(包括总则—分则结构、总则性规则的提炼、一般条款的规定等),问题也不是要不要用,而是如何使用好。^[92] 例如,《民法总则》“法人”章的“营利法人”一节几乎全盘照搬《公司法》中相关规定,强行“一般化”到营利法人,在法律适用上的意义极为有限,反而会带来不少混乱。^[93]

裁判规范的属性要求民法典提供的规范,在法律适用的意义上,要“有用”,甚至“好用”。一方面,民法典应当体系性地提供清晰、准确、完整的规则;另一方面,也应当注意实体法规范与程序法的衔接。^[94] 从这两方面观察,比起旧法,《民法总则》有不少重要改进,也仍然呈现出很多不足。正面例子,如第192、193条明确了诉讼时效届满的效果是“义务人可以提出不履行义务的抗辩”,即义务人取得了一项永久抗辩权;人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。反面例子,如根据第21、22、24条的规定,不能辨认自己行为的成年人“为”无民事行为能力人,不能完全辨认自己行为的成年人“为”限制民事行为能力人,利害关系人或者有关组织可以向人民法院申请对此进行“认定”。实际上,行为能力关乎当事人能否自主地参与规划民事生活,事关重大,非经法院的个案审查和形成性的宣告判决,任何成年人都不应因其精神状态而自动地丧失部分或全部行为能力。^[95] 《民法总则》的规定方式可能会让人误认为,法院只是应利害关系人的申请溯及地确认一项既定事实。

对民法规范的裁判规范性认识不足,集中体现为立法者对完全规范与不完全规范的合理配置缺乏自觉的认知,严重缺乏体系观念。完全规范与不完全规范就“完全性”来说当然更多只是程度的差别,但更重要的是两者功能的不同。完全规范具备完整的结构,即构成要件与法律效果,“构成要件的内容包括规范对象与情景描述,法律效果则包括应然规制及被规制

[91] 魏德士,见前注[56],第95页。

[92] 参见耿林:“民法典的规范表达研究”,《清华法学》2014年第6期,第64—80页。

[93] 参见张谷,见前注[51],第69—73页。

[94] 参见张卫平:“民法典与民事诉讼法的连接与统合——从民事诉讼法视角看民法典的编纂”,《法学研究》2016年第1期,第22—36页。其中很重要的一点是应在民事实体法规定上尽可能包含证明责任分配的指引。参见崔建远:“编纂民法典必须摆正几对关系”,《清华法学》2014年第6期,第50—53页。

[95] 参见朱庆育,见前注[9],第246页。《民事诉讼法》第十五章(特别程序)第四节标题为“认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件”——“认定”似乎还是“确认”的味道。但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2015]5号)第349条则使用了“宣告该当事人无民事行为能力或者限制民事行为能力”的表达。

的行为模式”。〔96〕民法上最重要的完全规范非各独立的请求权基础规范莫属(如《合同法》第42条;《物权法》第34、35条;《侵权责任法》第6条第1款等)。不完全规范则要么欠缺构成要件,要么欠缺法律效果,无法独立适用,包括说明性规范(如《民法总则》第133条)、限制性规范(如第196条)、参引性规范(如第71条)、法律拟制(如第159条)、法律推定(如第15条)、解释规则(如第142条)等。〔97〕实际上,完全规范或不完全规范通常均“不足以自行”。民法的适用,就是以少数完全规范(特别是请求权基础规范)为核心、辅以大量不完全规范一起解释适用的过程。这不仅是一个形式的、外在的体系,更反应了一个实质的、内在的体系,只有诸多规范相配合(借助于司法者的解释)才能建构起一个更完整的完全规范,才能发现体现于完全规范的事实构成与法律效果之连接中的立法者的价值判断,而准确识别此种法定评价标准正是法律解释与适用的核心。〔98〕

规则供给的问题,固然典型体现为完全规范的欠缺(例如,无因管理法和不当得民法的粗陋;又如,间接占有、先占、添附等非常基本的制度在我国物权法上依然付之阙如),也经常体现为不完全规范的供给不足与供给过度。如前所述,《民法总则》第119条仅对自然人、法人的人格权进行了点名式列举,而未再供给任何具体的说明性规范,是为明显的供给不足。相反,“民事权利”一章对民事主体享有的各种财产性权利进行了简单罗列与定义,多与其他部门法的规定重复,几无任何规范意义,是为明显的供给过度。

体系观念的缺乏,还体现在所谓注意规定问题。“注意规定”的概念(包括其与法律拟制的比较)在我国刑法学界使用较多,指“在法律已作基本规定的前提下,提示司法工作人员注意,以免司法工作人员忽略的规定”,因其不会增添任何新的构成要件或法律效果,所以只具有提示性,删除亦无实质影响。〔99〕依此定义,我国民法上的注意规定亦所在多有(较简单的,如《物权法》第37条、第106条第2款;较复杂的,如《担保法》第31条),〔100〕只不过往往提示意义不强,造成的混淆却多。注意规定常常具备完全规范的表象,但实际上并未规定特殊的构成要件或法律效果,相关问题仍应回到对应的基本规定处理(例如《物权法》第37条、第106条第2款对应的基本规定即为《侵权责任法》第6条第1款)。是否为注意规定,有时候容易辨别(如《民法总则》第120条),有时候则颇费周折(如《民法总则》第164、167、183、184条等)。节制是

〔96〕 朱庆育,见前注〔9〕,第46页。

〔97〕 参见朱庆育,见前注〔9〕,第46—50页;耿林,见前注〔92〕,第77—79页;拉伦茨,见前注〔56〕,第132—146页;王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第46—48页。

〔98〕 参见魏德士,见前注〔56〕,第61—62页。

〔99〕 参见张明楷:《刑法分则的解释原理(下册)》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第622页以下。

〔100〕 葛云松教授也称之为“僵尸法条”。参见葛云松:“物权法的扯淡与认真——评《物权法》草案第四、五章”,《中外法学》2006年第1期,第52—62页。

立法的智慧,这些冗余的条文经常有害,而即便看似无害,无疑也浪费了宝贵的立法资源,侵蚀了有意义的法律的空间。^[101]

(三)小结

法律规范是法律制度的“基本粒子”,而法律规范由语句组成,法律只能存在于语句之中,从而语言能力对于任何法律工作者——首先是立法者——都是至关重要的。^[102]就促进对法律规范的正确理解而言,立法者显然不可能独自完成全部的工作,司法者、学者都有他们的使命;但如果立法者能够更好地尽到自己的职责,无疑是事半功倍的。

归根到底,法律语言和语法的问题,规范结构和逻辑的问题,都是为目的服务的。这里有两重的目的考量:一是立法者在具体规范和制度中追求的特定目的;二是立法者希望通过法典编纂来实现的目的。为实现前者之目的,立法者需要因应社会发展和交易往来的需要,结合司法实践的经验与法教义学的积累,妥当地将其价值判断表达于相应规范。为实现后者之目的,立法者需要理解法典的体系整合功能之所在,高屋建瓴,查漏补缺,上下求索,内外疏通。为此,准确理解民法规范的性质是必要和有益的,只有明了大多数民法规范为任意规范和裁判规范,各种立法技术的运用才会更有方向感,才可能供给出足够多有用、甚至好用的规范,而不至于留下太多空白,最后又不得不无奈求助于司法解释。

四、结 语

这一次,民法典是真的“呼之欲出”了。《民法总则》预示了未来民法典的结构与风格。大的外部体系创新恐不可得,但小的外部体系及内在体系^[103]的建构——即在良好的体系观念下对中微观制度的供给与整合——仍然可以、也值得追求。要有效实现这一点,首先应理解由民法典内部的体系选择及其与特别民法的功能区隔所大致划定的规则供给范围。在此范围内,民法典的整合作用能在多大程度上发挥,取决于立法者能否对既有的多重民事法源、特别是大量民事司法解释的内容进行妥当的清理与吸收。同时,民法典的立法技术问题也应当得到更多重视,尤其是必须考虑到绝大多数民法规范为任意规范和裁判规范的性质,恰当地配置完全规范和各类不完全规范,并努力改进规范的表达。只有这样,民法典编纂才能真正继往开来,因应司法实践和社会变迁的需要,为民法进一步的发展奠定良好的基础。民法典是一个“春天的故事”,它固然不会、也不必“从头到脚都是新的”,但应该是“生长着”的,应该能够

[101] 参见石佳友,见前注[61],第129—133页;石佳友:“法典化的智慧——波塔利斯、法哲学与中国民法法典化”,《中国人民大学学报》2015年第6期,第98—99页。

[102] 参见魏德士,见前注[56],第46—48页。

[103] 参见拉伦茨,见前注[56],第348—362页。

“像健壮的青年，有铁一般的胳膊和腰脚，领着我们上前去”。^{〔10〕}

Abstract: The General Provisions of Civil Law of the People's Republic of China (2017) sets the tone and layout for the forthcoming Civil Code. It seems that the legislature has little interest in substantial renovations of the existing structure. This pragmatic approach to codification should not be given too much credit if it has not engaged in the reconciliation and integration of current scattered rules and providing a systematic body of law. The internal structure of the Civil Code and its partitioning with those separate branches of private law defines the scope of rules it could supply. The smooth functioning of this Code hinges on how well the drafters sort out the multiple sources of civil law. Particularly, it largely depends on whether a great number of judicial interpretations of the Supreme People's Court could be well integrated into this Code. The techniques of legislative drafting should have gained more attention. It should be borne in mind that the majority of civil law rules are default rules (rather than mandatory rules) and decision rules (i.e. rules of adjudication, rather than conduct rules). The proper allocation and collaboration of “complete provisions” (which prescribe relatively complete elements and consequences for a rule) and “incomplete provisions” is essential to the efficient supply of coherent rules. Moreover, the legislative expression should be carefully polished and tailored to facilitate its application.

Key Words: Civil Code; Sources of Law; Judicial Interpretation; Default Rule; Decision Rule

(责任编辑:薛 军)

〔10〕 参见朱自清,见前注〔1〕,第115页。