

论中国民法中的“解法典化”现象

陆 青^{*}

摘 要 “解法典化”是指在有民法典的国家,层出不穷的法律特别规范造成传统民法的内外体系逐步分解的现象,其根源在于,以自由至上主义为核心的传统民法无法完全适应现代社会经济结构和组织关系的巨大调整。在此意义上,中国尽管没有一部形式意义上的民法典,但在实质层面同样面临着“解法典化”的问题。不过,与西方民法典国家“先有法典化,继有解法典化”的发展轨迹不同,中国民法正处在一个“法典化”和“解法典化”并存的时代。中国一方面要在保障私权、捍卫自由、维护基本市场秩序等方面进一步推动民法的“法典化”进程,另一方面要对现代社会的发展需求,尤其是微观社会系统的法律需求作出回应。有鉴于此,变动中的中国民法应该在明确民事一般法和特别法的功能定位的基础上,更好地协调公益和私益之间的关系,从而保持一个开放性的发展体系。

关 键 词 民法典 解法典化 特别法与一般法 法律体系

引 言

随着“中国特色社会主义法律体系”的宣告形成,^{〔1〕}我国民法呈现出一个以《民法通则》为中心,以《婚姻法》、《继承法》、《担保法》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《涉外民事关系法律适用法》等民事基本法律为基本内容,以一系列散见在其他立法中的民事规范,包括大量司法解释为补充的民法外部体系。可以说,尽管缺乏一部形式意义上

^{*} 浙江大学光华法学院讲师。本文是浙江省社科规划一般项目“新型合同的司法应对问题研究”(14NDJC117YB)的阶段性成果,同时受“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。

〔1〕 吴邦国:“在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话”,载《人民日报》2011年1月27日,第2版。

的民法典,但我国民法已基本具备了传统民法典的规范内容。^{〔2〕}在这样的背景下,我们是否需要一部民法典?亦或,目前的《民法通则》加特殊立法的松散模式,本身就是适合中国民法发展的立法格局?^{〔3〕}

这一决定中国民法未来发展的根本理论问题,在当前的时代背景下变得更有现实意义。如果我们以前述“中国特色社会主义法律体系”的宣告形成作为分水岭,我们可以清楚地看到,近年来,中国民法正逐渐呈现出一种新的发展轨迹。一方面,民事基础立法的工作似乎处于一种相对停滞状态,《婚姻法》和《继承法》修改,《人格权法》、《债法总则》的立法工作尚没有真正提上议程;另一方面,《消费者权益保护法》、《旅游法》、《药品管理法》、《环境保护法》等民事特别法的立法和修法工作正在如火如荼地进行之中。^{〔4〕}日益涌现的特别法不仅可能与民事基本法之间,甚至可能相互之间都存在叠床架屋、扞格不入的规范冲突。如何在变动的民法中寻求体系的再整合,有效处理民事特别法和一般法以及民事特别法相互之间的关系,成为摆在人们面前最为严峻的问题。^{〔5〕}

在这样的背景下,讨论“解法典化(decodificazione)”问题有着重要的理论和实践意义。“解法典化”指在有民法典的国家,层出不穷的法律特别规范造成传统民法典的内外体系逐步分解的现象。但究其核心,是要分析现代社会经济结构和组织关系的巨大调整对以自由至上主义为核心的传统民法体系带来的深远影响。“解法典化”命题由意大利法学家伊尔蒂(Irti)

〔2〕 正如学者朱庆育所言:“如今,我国正在走向民法典……民法典在内容上已趋于成型。”朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,页17。民法体系的完善与民法学体系的完善密切相关。对于后者,参见陈甦主编:《当代中国法学研究(1949—2009)》,中国社会科学出版社2009年版,页152—158。

〔3〕 近年来关于中国民法法典化的讨论略有降温,最新的研究成果可见易继明:“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;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由》,法律出版社2013年版。《中国民法典草案建议稿附理由》丛书共分八卷九册,分别是:中国民法典草案建议稿、总则编、物权编、债权总则编、合同编(上下册)、侵权行为编、亲属编、继承编。

〔4〕 2013年10月30日公布的《十二届全国人大常委会立法规划》的68项立法规划的主要内容是:一是推动经济发展方式转变、完善社会主义市场经济体制方面的立法项目。包括修改《预算法》、《中小企业促进法》、《证券法》、《商标法》、《外资三法》等,制定增值税法等单行税法、期货法、航道法等。二是坚持走中国特色社会主义政治发展道路和积极稳妥推进政治体制改革方面的立法项目。包括《修改立法法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》等。三是保障和改善民生、加强和创新社会管理方面的立法项目。包括修改《职业教育法》、《食品安全法》、《安全生产法》、《矿山安全法》、《药品管理法》等,制定社会救助法、慈善事业法、基本医疗卫生法、社区矫正法等。四是推进社会主义文化大发展大繁荣方面的立法项目。包括修改《文物保护法》,制定公共图书馆法、电影产业促进法等。五是推进生态文明建设方面的立法项目。包括修改《土地管理法》、《环境保护法》、《大气污染防治法》、《水污染防治法》等,制定土壤污染防治法、核安全法等。见陈丽平:“第一类和第二类共列68件立法项目”,载《法制日报》2013年10月31日,第3版。

〔5〕 对民事一般法和特别法关系作系统整理的努力,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。

教授在上世纪七十年代最先提出,^[6]在国外法学界引起了广泛关注,^[7]并在本世纪初逐渐进入中国学者的视野。^[8]但令人遗憾的是,国内学者对这一命题的讨论,更多集中在对是否需要法典化的学理探讨层面,似乎认为在中国尚未存在形式意义上的《民法典》的背景下,讨论“解法典化”问题为时尚早。^[9]因而,很少有学者能真正从问题意识出发,自觉认识到中国民法已经提前进入到了“解法典化”时代,进而也就忽略了这一理论框架对理解和分析中国民法当下现实问题的深远意义。^[10]本文试图在这一方面作进一步的探索,希望能抛砖引玉,引起学界的重视。

[6] Irti, *L'età della codificazione*, DS, 1978, 613 ss., ora in *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, p. 613 ss.

[7] 意大利法上的讨论, v. Castronovo, *De — codificazione, delegificazione e ricodificazione*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Vol. II, Milano, 1993, p. 497; Somma, *La crisi della codificazione*, in *Corso di sistemi giuridici*, a cura di Alpa, Torino, 1996, p. 166; La Mattina, *Il codice civile europeo dell'età della decodificazione*, in *Economia e Diritto Del Terziario*, 2001, fasc. 2, p. 483 ss.; Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma—Bari, 2009, p. 365 ss. 英文文献可参阅: Maria Luisa Murillo, “The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification of Recodification”, 11 *Journal of Transnational Law & Policy*, 170 (2001); Lonegrass, Melissa Thornton, “The Anomalous Interaction between Code and Statute — Lessor's Warranty and Statutory Waiver”, 88 *Tulane Law Review*, 423 (2014).

[8] 伊尔蒂教授的著作已翻译成中文,见(意)那塔利诺·伊尔蒂:《解法典化的时代》,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,页80—107。关于解法典化问题的深入讨论,可参见张礼洪、高富平主编:《民法法典化、解法典化和反法典化》,中国政法大学出版社2008年版;(秘鲁)玛利亚·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,载许章润主编:《清华法学》(第8辑),清华大学出版社2006年版,页76。从现有学术资料中可以发现,解法典化问题可以说已经成为国内学者研究法典化问题的一种无法绕开的重要话题,如王利明:“论法典中心主义与我国民事立法的体系化”,《云南大学学报(法学版)》2009年第2期;石佳友:《民法法典化的方法论问题研究》,法律出版社2007年版,页1;魏磊杰:“论民法典的保守性”,《甘肃政法学院学报》2011年第3期;刘兆兴:“比较法视野下的法典编纂与解法典化”,《环球法律评论》2008年第1期。

[9] 王利明,同上注。王教授认为,在当下中国,“由于没有颁布一部民法典,各个单行法实际上已经形成了诸多的微系统,而且单行法相互之间出现大量的重复和矛盾现象,尤其是因为单行法自成体系,彼此之间的一般法与特别法的关系模糊,裁判规范的性质也难以认定,这些不仅给法院适用法律带来了困难,而且给民众知晓法律增加了难度。因此,在今后相当长的时间内,我们的主要任务应当是通过法典化来解决民事立法的体系化问题。换言之,我们应当采取法典化而不是单行法汇编的方式来实行民事立法的体系化。迄今为止,我国仍然未出台一部民法典,因此也并未发挥出法典化的积极效应。因此,在目前的状况下,谈论所谓去法典化为时过早”。

[10] 当然,也不乏学者对“解法典化”背后的理念转变作了深刻归纳,如薛军:“‘民法——宪法’关系的演变与民法的转型”,《中外法学》2010年第1期。

一、“解法典化”的基本理论

(一)“解法典化”的双重含义

根据伊尔蒂教授的观点,“解法典化”一词具有描述型现象学和建构型方法论上的双重含义。作为现象学上的意义,它代表着立法史上的一个阶段:层出不穷的特别规范和例外规则,法典内外不断确立的一般原则,政府职能在经济阶层和社会团体斗争中的日益分解;作为方法论上的意义,它体现了对前述历史阶段的一种真切质疑:是否“特殊性”已赋予了新的不同含义,是否在一些领域和一些案件类型中,法典简单扮演着“边缘规则”的角色,是否类推适用可以从特别规范的丰富内涵中汲取营养,是否需要重新审视法律人的语言和职能,是否需要从模糊和非理性中对潜藏的体系进行整合?^{〔11〕}正如伊尔蒂所说,现象学和方法论的双层含义不断地相互影响——“历史的描述对调查的工具和目的不断提出质疑,而这些质疑则进一步推动了对其他现象的关注”。^{〔12〕}

(二)“解法典化”的主要表现

1.“特别法现象”

传统民法典旨在建构一个调整市民社会人身关系和财产关系的完整体系结构。在这个民法典结构体系之外,存在两类法律:一类是特别法,一类是例外法。前者是民法典基本原则在某一特定领域或特定案件类型中的延伸应用;后者作为对民法典基本原则的背离,仅在明确规定的情形和时间内例外适用,而不能类推适用于其他领域或其他案件类型。“一般法——特别法”的关系以及例外规则的限制适用确保了民法典的核心地位和体系完整。^{〔13〕}

在两次世界大战之间,政府越来越在西方社会的经济生活中发挥主导作用,针对许多经济领域颁布大量的特别规范。这些规范满足了对新的经济领域和经济现象的调整需求,但也对民法典所建构的“一般法——特别法”关系带来根本性冲击。许多传统意义上的特别规范和例外规范,不仅超越和背离了民法典的一般原则,而且还在局部领域衍生出一些独立于民法典一般原则的新原则。^{〔14〕}从法律体系的构造上看,这些特别法的大量存在,逐渐形成一些从特别规范中整合出来的独立于民法典体系之外的微观体系。同时,鉴于“有特别规定依照特别规定,没有特别规定时适用一般原则”的基本理念,在现实生活中,调整特别领域法律关系的往往是一些特别或例外规定,而民法典的规则实质上处于无从适用或无须适用的边缘化境地。^{〔15〕}

〔11〕 Irti, voce *Decodificazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, 1989, p. 142.

〔12〕 Irti, *op. ult.cit.*, p. 142.

〔13〕 Irti, *op. ult.cit.*, p. 143.

〔14〕 Irti, *op. ult.cit.*, pp. 143—144.

〔15〕 之所以会产生这种“特别法现象”,伊尔蒂教授给出的解释是法律和市民社会的关系发生根本转变——法律关注的对象不再是中性的、无差异的市民,而是一些具体的团体和特定种类的利益。“法律如今体现为对如下特定社会团体的规制:农用地的租赁、城市不动产租赁、雇用劳工、失业青年等等。某一类利益的保护要求有相应的法律(鉴于语言上的惰性和贫瘠,我们把它称之为‘特别法’)来支撑,同时表现出某些局部性的内在逻辑,即与所调整的具体领域相对称的规范标准和领域。因此,这是一个特别立法时代,但我们看到的不是政府立法和其他法源之间的冲突,而是这些特别立法中所呈现出来的与民法典所保护的不同的利益,以及由此产生的对某一领域的多元规制。”Irti, *op. ult.cit.*, pp. 143—144.

2. 民法典中心地位的日趋削弱

在民法法典化时代,由于政府更多是扮演“守夜人”的角色,民法被认为是(市民)社会中的“母法”,宪法和其他法律之间并不存在严格的位阶区分。现代社会的发展中,宪法不再仅仅体现为防止政府不法干预的消极防御功能,同时被赋予了实现人们基本权利的积极保障功能。在一国法律体系中,宪法已经无可置疑地拥有了法律金字塔上的顶端地位。特别是在宪法颁布于民法典之后的国家(如意大利),人们往往更需要利用特别法的工具来实现宪法上的价值追求。由此也导致了原本属于民法典与特别法之间的“一般法——特殊法”关系逐渐转变为宪法与特别法之间的“一般法——特殊法”关系。特别法更多体现了对日益扩张的宪法原则的延伸。从法源上看,民法典和特别法都属于普通法律层面,处于相同的位阶,都服务于宪法。

上述变化也使得人们对所谓的法律体系产生了新的认识。传统意义上的体系是指以民法典为中心的单一体系,而新形成的体系则是一个以多个微观体系或部门逻辑的基础组合而成的框架性多极体系,宪法处于中心地位,而民法典只是这个多极体系的一个组成部分。^{〔16〕}

3. 民法典体系解释功能的边缘化

民法典曾经建构了一套私法中唯一的话语体系。而随着特别法的盛行,法律慢慢介入新的领域,调整新的经济手段和发明创造,并直接保护当事人合同约定背后的客观利益。这些特别法往往需要采纳一套专门的话语体系来应对特殊领域的调整需求。由此也导致某一特定法律语言的意义,往往需要通过特别法所形成的微观法律体系才能真正建构起来。

在目的解释方面,新产生的特别法往往会以“鉴于……目的,制定本法”的条文开头,以明确制定该特别法独立的立法目的和规划意图。而解释和探究这些特别法的立法目的时还必须兼顾到其与宪法之间的协调关系;^{〔17〕}在法律类推层面(*analogia legis*),民事特别法的法律漏洞往往不是通过适用民法典一般规则加以填补,而是通过穷尽特别法本身的类推适用规则加以解决。由于民事特别法越来越独立于民法典之外,更多体现了它所调整的微观社会系统本身的内在逻辑,因此当这些特别法存在调整上的漏洞时,不能简单适用“民事特别法没有规定的适用民法一般规则”的传统理念,而是需要尽可能地通过解释及类推这些民事特别法本身提供的规则加以解决;^{〔18〕}在法理类推层面(*analogia juris*)^{〔19〕},民法典的基本原则仅起到边缘性的补充功能。在法典化时代,国家法秩序的基本原则和民法典的基本原则几乎重合,而特别法不能与前者相背离。因此,法律体系漏洞可以通过民法典的原则加以填补。在解法典化时代,宪法本身不直接调整具体社会问题,特别法则是宪法基本原则贯彻到各部门领域的必要媒

〔16〕 Irti, *op. ult. cit.*, p. 145.

〔17〕 Irti, *op. ult. cit.*, pp. 145—146.

〔18〕 Irti, *op. ult. cit.*, pp. 146—147.

〔19〕 所谓法理解释是指当法律类推都无法填补法律漏洞的时候,通过解释国家法秩序的基本原则来实现法律体系的自我整合。Irti, *op. ult. cit.*, p. 147.

介。因此,宪法的基本原则只能对特别法提供框架和合宪性依据,而特别法本身所蕴含的基本原则才是填补微观领域法律体系漏洞的工具。这些特别法的原则可以偏离民法典的基本原则。当两者产生冲突时,后者仅起到边缘性的补充作用。〔20〕

4.“特别法专家”型法律人的应运而生

在解法典化时代,法律人面对的不是一个古老陈旧、门禁森严的民法体系,而是一个以宪法基本原则为中心,各部门法作为微观法律体系相包围的开放性体系。每个微观体系都有一套相对独立的话语体系和表达方式,由此也要求熟知这套体系的“特别法专家”型法律人的出现。而随着私人涉足的社会领域越来越宽广,新的社会领域的法律需求急剧增加,民法典时代能应对一切法律问题的“全知全能”型法律人几乎不再可能。〔21〕相反,法律人的认知水平将越来越局限于局部领域。〔22〕

法律人的日趋专业化也影响了其司法活动的空间。

在自由法时代,民法典展示了市民社会的全貌。法律人不仅是法律的解释者,也是创造者和实践者。而在我们的时代,法律人扮演着一个次要者和不舒服的角色,受制于真正的决定性团体——政治阶层,企业家和行政部门编织的特别法巨网。目标的选择权不再归属于他,而是由其他人决定和规划。〔23〕

二、中国民法中的解法典化现象

“解法典化”作为“法典化”的对应词,生动反映了在民法典国家中层出不穷的特别法对民法典的解构效应。但从前述解法典化理论的描述可以看出,这一理论的核心价值在于揭示了现代社会法治发展的一个基本趋势,即由法典化建构而成的传统民法体系将日益受到一些新的、更适应社会发展需要的特别规范的冲击。从这个意义上看,对照前述解法典化的理论模型,笔者认为,中国民法上同样存在着解法典化现象。

(一)“特别法现象”

在现有的“中国特色社会主义法律体系”中,对应于规范基础民事关系的民事一般法,民事特别法是指规范特定领域或者特定方面的民事关系的法律。〔24〕当然,基于我国没有一部民法典的事实,有的学者将《民法通则》之外的涉及民事关系的法律都叫做民事特别法,也有的将前

〔20〕 Irti, *op. ult. cit.*, pp. 147—148.

〔21〕 正如学者谢鸿飞所言,在民法典时代,传统民法典是对世俗自然法的实证化,民法典表达的是“小孩子都知道的基本原理”,即自然法原理。这些原理根本无须专门学习,通过社会化过程就能成为个体的生活经验。参见谢鸿飞,见前注〔5〕。

〔22〕 Irti, voce *Decodificazione*, cit., p. 149.

〔23〕 Irti, *op. ult. cit.*, p. 148.

〔24〕 郭明瑞:《民法》,高等教育出版社2003年版,页4。

述商法和知识产权法等专门纳入民事特别法范畴进行讨论。^{〔25〕}

近年来,随着民事立法基本框架和内容的确立,立法工作的重心越来越转向局部领域、部分行业的立法调整。《反垄断法》(2007)、《专利法》(2008)、《农村土地承包法》(2009)、《产品质量法》(2009)、《食品安全法》(2009)、《著作权法》(2010)、《道路交通安全法》(2011)、《消费者权益保护法》(2013)、《商标法》(2013)、《公司法》(2013)、《旅游法》(2013)、《药品管理法》(2013)、《环境保护法》(2014)等特别法的立法或修法纷纷出台,而与保障和改善民生、加强和创新社会管理密切相关的职业教育法、食品安全法、安全生产法、矿山安全法、药品管理法和社会救助法、慈善事业法、基本医疗卫生法、社区矫正法等等的修法和立法工作也已纳入立法议程。^{〔26〕}如果将民事特别法的外延放大到民事基本法之外的其他民事规范,那么我们可以看到,近年来涉及民事关系调整的行政法规、部门规章、地方性法规等更是以几何级数递增,^{〔27〕}而涉及建筑物区分所有权纠纷(2009)、物业服务纠纷(2009)、房屋登记案件(2010)、当前形势下的民商事合同纠纷(2009)、买卖合同纠纷(2012)、城镇房屋租赁合同纠纷(2009)、旅游纠纷(2010)、道路交通事故损害赔偿案件(2012)、驰名商标保护(2009)、专利纠纷等大量司法解释,尽管严格说来并非法律,但它们在司法实践中起到了类似法律的实际效果,同时又具有比一般法律更大的灵活性,也在调整民商事关系方面起到了重要作用。^{〔28〕}

值得注意的是,与法典化国家对特别法和例外法的适用进行必要控制不同,我国民法上讨论民事一般法和特别法关系时,往往将“特别法优于普通法”和“例外法优于原则法”视为两套独立的法律适用规则,很少在法律解释适用层面对特别法和例外法规则进行严格区分,^{〔29〕}也很少意识到,随着民事特别法的不断扩张,这种不加限制的开放性对民法体系可能带来的冲击

〔25〕 在民法典国家和地区,民事特别法的外延比较容易界定,即民法典之外的私法规范都可视为民事特别法,如王泽鉴:《民法概要》,北京大学出版社2009年版,页7。而在我国大陆地区,由于缺乏一个形式上的民法典,国内学者对民事特别法的外延就会产生争议,有从民法和商法的关系出发将商法称为民事特别法,如朱庆育,见前注〔2〕,页14;有将《公司法》、《商标法》等归入民事单行法(规定基本民事制度的法律)的,如龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年第2版,页34;也有将作为民事基本法的《民法通则》之外的单行法律视为前者的特别法,如梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年第3版,页2;王竹:“〈侵权责任法〉立法程序的合宪性解释——兼论‘民法典’起草过程中的宪法意识”,《法学》2010年第5期。值得说明的是,有学者将民事特别法分为补充型特别民法、行政型特别民法和政策型特别民法三类。如谢鸿飞,见前注〔5〕。本文所谈的特别民法,主要是指后两种类型,商法和知识产权法等补充型特别民法并不是本文关注的重点。

〔26〕 陈丽平,见前注〔4〕。

〔27〕 如涉及物权关系的《物业管理条例》(2007)、《土地管理法实施条例》(2011)、《国有土地上房屋征收与补偿条例》(2011),涉及侵权责任的《工伤保险条例》(2010)、《学生伤害事故处理办法》(2010),涉及知识产权的《专利法实施细则》(2010)、《著作权法实施条例》(2013)、《信息网络传播保护条例》(2013)等等。

〔28〕 关于司法解释的功能与作用,参见陈春龙:“中国司法解释的地位与功能”,《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”,《中国法学》2006年第3期。

〔29〕 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年第4版,页1108—1111;梁慧星,见前注〔25〕,页2;郭明瑞,见前注〔24〕,页24—25。

和危害。^[30]

(二)“渐行渐远”的民法典

自改革开放以来三十多年的民法发展中,可以说,我们已基本建立了一个以自治、平等、诚信、公平为核心,以调整市民社会民事关系为内容的基本法律框架。但在这个发展过程中,基于“摸着石头过河,宜粗不宜细”的立法理念,《民法通则》等民事基本立法仅能提供原则性制度安排。立法者有意识地将大量民商事行为规则的确立任务留给了更为具体,更为灵活的特别法来处理和开拓。换句话说,宽松的法制环境为大量特别法的滋生创造了条件。而随着改革的逐渐深入,中国社会中各个微观社会系统逐步形成和发展,并对法律调整产生了新的要求,这给特别法的发展带来了更多的外部助力。与强调平等自由的民事一般规则相比,特别法在应对一些与社会公益密切相关的民生问题时,往往能够发挥更直接灵活的作用。以食品、药品立法为例,近年来,我国频繁发生食品、药品安全事件,如“苏丹红”、“毒胶囊”、“瘦肉精”、“问题奶粉”等事件,屡屡引起人们对食品、药品安全的心理恐慌,对社会稳定和经济发展产生了巨大的冲击。而《民法通则》、《合同法》、《侵权责任法》等民事基本法显然还不足以保障消费者的利益,维持市场秩序的健康发展。正是在这样的背景下,《消费者权益保护法》和《食品安全法》、《药品管理法》的修改或立法应运而生。事实上,近年来我国医疗卫生、教育、社会保障、环境保护等诸多民生领域的实践证明,用“泛市场化”的运行模式来简单处理一切社会问题,不仅不能缓解各种社会矛盾,反而会产生深层次的资源分配不均等问题。^[31]

可见,社会系统的高度复杂性,必然对社会管理手段的丰富性和多样性提出新的要求。^[32]顺应这种需求而大量出现的特别法,无疑给历时仅仅三十余载、尚处建构之中的中国民法基本法律体系带来了巨大的冲击。这也难怪学者发出“民法典渐行渐远”的哀叹。^[33]

(三)民法解释学面临的挑战

传统的民法解释学在理解民事基本法和特别法之间的关系时认为,民法基本原则是民事特别法的立法依据,也是检验特别法的规定是否与基本法的规定相矛盾的重要标准。因此,特别法的规定不得与基本法的规定相违背,尤其是不得与基本原则相抵触。当特别法对某一问题没有

[30] 从形式上看,适用民事特别法的表述往往是“其他相关法律另有特别规定的,依照其规定”(如《物权法》第8条,《侵权责任法》第5条),而适用例外法的表述为“(但)法律另有规定的除外”(如《民法通则》第8条。但实际上我们依然需要通过推敲规范意旨才能进行区分,盖两者都强调“法律另有规定”,而“法律另有规定的除外”也可以理解为“法律另有规定的,可以适用其规定”。究竟这些规则属于特别规范还是例外规范,这些规范能否类推适用于其他场合都非形式判断可以解决的问题。

[31] 参见田广、戴琴琴:《泛市场化批判》,中国财政经济出版社2012年版一书对泛市场化的系统批判。

[32] 根据卢曼的系统理论,现代社会系统具有高度复杂性,同时分化出政治、经济、科学、法律、教育、宗教、家庭等各个功能系统,各自具有高度自律性、独立性及其不可化约性。社会复杂性同时带动了法律的演进。“法的形态发生根本变化,总是以社会结构变化为前提条件,即由社会结构的变化来促进,使之成为可能。进入近代社会后,社会复杂性急骤增大。而社会复杂性增大最终导致整体社会系统的功能分化,功能分化形成了种种社会子系统,为解决各种特殊的社会问题提供了可能。法的功能发生分化,使立法成为必要。”见曲阳:“卢曼《法社会学》述评”,《华东政法大学学报》2001年第2期。

[33] 参见柳经纬:“渐行渐远的民法典”,《比较法研究》2012年第1期。

专门规定时可以直接适用一般法的规则。^{〔34〕}但事实上,与西方类似,中国民法中许多传统意义上的民事特别法未必是民法基本原则在具体领域的直接延伸和应用,而是针对具体领域或特定行业的发展需求提供的特别法律保障。因此对于这些特别法的解释,往往无法从民事一般法上得到明确指引。限于篇幅,兹举时下讨论十分热烈的惩罚性赔偿问题加以说明。^{〔35〕}

不可否认,惩罚性赔偿在传统民法的视角下无疑是个“另类”。盖传统民法秉持“损害填补”的基本理念,拒绝私力惩罚。^{〔36〕}我国《合同法》仅在第 113 条第 2 款例外性地承认当事人可以根据《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定主张相应的惩罚性赔偿。而有意思的是,近年来,惩罚性赔偿被大量纳入民事立法尤其是特别法的规范之中,如修订后的《消费者权益保护法》第 55 条、《旅游法》第 70 条、《食品安全法》第 96 条、《侵权责任法》第 47 条、最高人民法院在《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 8 条和第 9 条及第 14 条第 2 款、《劳动合同法》第 85 条和第 87 条等。惩罚性赔偿的大量出现,一方面说明现有的民事规则在调整不同行业领域,维护诚信法治社会上存在的保护不足,但另一方面也带来了体系适用上的种种难题。

试想,当我们对前述惩罚性赔偿相关规则的具体理解产生争议时,这些特别规则相互之间是否可以形成一个内在的惩罚性赔偿规范体系,进而解决相关规则在适用上的漏洞或矛盾,还是依据“特别法没有规定的,适用一般法”的理念,转而适用民法的一般规则?显然,这个问题既涉及民事一般法与特别法的关系,也涉及特别法与特别法之间的相互关系。比如,《侵权责任法》第 47 条规定,“明知产品存在缺陷仍然生产、销售,造成他人死亡或者健康严重损害的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿”,《食品安全法》第 96 条规定,“违反本法规定,造成人身、财产或者其他损害的,依法承担赔偿责任。生产不符合食品安全标准的食品,或者销售明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失之外,还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金”,解释上就产生问题,当食品类产品导致他人的固有利益受损时,究竟应该适用哪项规则。对此,有学者认为,此处不能简单适用“上位法优于下位法”、“特别法优于一般法”、“新法优于旧法”等法律适用的一般原则,“由于在惩罚、制裁、威慑、遏制等功能上,惩罚性赔偿与刑罚存在共通之处”,此处应该借鉴刑法上的想象竞合犯理论,适用相对情节较重的《侵权责任法》第 47 条的规定,并将“相应的惩罚性赔偿”解释为超过《食品安全法》第 96

〔34〕 孙鹏、高慧:“民主议定原则基础论”,《湖南警察学院学报》2013 年第 9 期。

〔35〕 朱广新:“惩罚性赔偿制度的演进与适用”,《中国社会科学》2014 年第 3 期;杨立新:“修订后的《消费者权益保护法》经营者民事责任之解读”,《法律适用》2013 年第 12 期;杜称华:“惩罚性赔偿适用中的责任竞合问题研究”,《河南财经政法大学学报》2012 年第 2 期;杨立新:“《消费者权益保护法》规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施”,《清华法学》2010 年第 3 期;周江洪:“惩罚性赔偿的竞合及其适用——《侵权责任法》第 47 条与《食品安全法》第 96 条第 2 款之适用关系”,《法学》2010 年第 4 期;张新宝:“惩罚性赔偿的立法选择”,《清华法学》2009 年第 3 期;余艺:“惩罚性赔偿责任的成立及其数额量定”,《法学杂志》2008 年第 1 期;董文军:“论我国《消费者权益保护法》中的惩罚性赔偿”,《当代法学》2006 年第 2 期;王利明:“惩罚性赔偿研究”,《中国社会科学》2000 年第 4 期。

〔36〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2004 年版,页 840;史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,页 300。

条规定的“支付价款十倍的赔偿金”。^{〔37〕}这个解释方案考虑到了惩罚性赔偿与传统民法上赔偿规则的差异,论证上颇具说服力。但有意思的是,随着新修改的《消费者权益保护法》第55条第2款对商品或者服务导致消费者固有利益受损作了新的惩罚性赔偿的规定,明确“经营者明知商品或者服务存在缺陷,仍然向消费者提供,造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的,受害人有权要求经营者依照本法第49条、第51条等法律规定赔偿损失,并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿”。那么,当消费者购买食品类产品健康受到严重损害甚至死亡时,是否应该遵循同样的逻辑,在《消费者权益保护法》第55条、《侵权责任法》第47条和《食品安全法》第96条之中寻找惩罚最重的规则呢?考虑到《食品安全法》行将修改的事实,我们是否还需要考虑到,除了解释学的体系整合努力之外,上述规范本身在立法技术和内容上就存在可以完善的空间呢?^{〔38〕}而如果我们把视野放宽的话,可以发现,“惩罚性赔偿实质上是公法私法二分体制下以私法机制执行由公法担当的惩罚与威慑功能的特殊惩罚制度”。^{〔39〕}因此,在惩罚性赔偿的解释适用问题上,我们还必须结合具体案情,包括对同一行为是否在公法上存在罚款或罚金的可能,判断是否存在惩罚不当的问题。^{〔40〕}

前述例子充分说明了特别法规范在解释上的复杂性。具体来说,对特别法具体规范的解释,必须牢牢结合该规范背后的立法意图和相关规则加以体系说明。而民法基本原则或一般规则,往往只能起到解释上的补充作用,长此以往,不仅传统民法中心地位的削弱渐成定势,也会给民法解释学带来重大影响。

(四)作为“特别法专家”的法律人

特别法的不断涌现,适应了现代社会日益复杂化和多元化的发展需求,也对法律职业队伍的建设提出了更高的专业化要求。在当下中国,即使是一个最为简单的道路交通事故赔偿案件,法官、律师除了要精通《侵权责任法》(2009)的民事一般规定外,同时还要熟悉《道路交通安全法》(2011)、《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2012)、《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》(2003)、《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》(2001)、《产品质量法》(2009)、《工伤保险条例》(2010)、《医疗事故处理条例》(2002)等大量特别规范,包括一系列专业术语。

难怪早在本世纪初,就有学者准确预见到,

随着生产力的进步,社会经济关系在微观领域的技术特征日益突出,社会结构呈多元化和复杂化,社会交往与纠纷的频繁程度比肩共进,法律本身也日益成为控制和协调社会运行的技术系统,从最初人皆可知的习惯规则上升为严密系统的实证规范体系,从而完成了自身

〔37〕 周江洪,见前注〔35〕。

〔38〕 据报道,国务院总理李克强于2014年5月14日主持召开国务院常务会议,讨论通过《中华人民共和国食品安全法(修订草案)》。参见马晓华:“食品安全法修订草案获国务院通过 定调‘最严格监管’”,载《第一财经日报》2014年5月15日,第3版。

〔39〕 朱广新,见前注〔35〕。

〔40〕 关于《消费者权益保护法》第55条、《侵权责任法》第47条和《食品安全法》第96条之间的关系,以及惩罚适当性问题的最新研究,参见朱广新,见前注〔35〕。

的专业化过程。为了标示其社会控制过程的合理,法律以大量复杂的技术规则来凸显自身的中立性和有效性。在这种情况下,任何人非经专业性训练,自然不可能胜任法官职业。〔41〕

为应对民事法律关系的专业化和特别化,近年来,在司法领域,最高人民法院除了颁布了大量司法解释外,还颁布一系列关于当前形势下民商事案件审判的指导意见,〔42〕部分地方法院针对当地经济活动和诉讼活动的特征颁布一些有针对性的实践操作指导意见,〔43〕都对法官的专业化和技术化素质提出了新的要求。

更有意思的是,细心的读者可以发现,近年来国务院法制办公室、法律出版社法规中心等机构纷纷出版一些所谓的应用型“注释法典”、“分类法典”,如《征收拆迁补偿法典》、《投融资法典》、《三农法典》、《医药卫生法典》等,对不同部门,不同领域重要的法律、行政法规、部门规章、规范性文件、司法解释甚至重点案例等进行汇编,生动体现了将法律人塑造成“特别法专家”的时代需求。〔44〕

三、中西解法典化的差异及内在原因

前述论证旨在说明,中国与传统西方法典化国家一样,同样面对着解法典化的潮流。之所以会存在这种共相,从根本上是由于现代社会变迁对法律的发展提出了新的要求。与传统工业社会相比,我们面对的是一个社会分工越来越细化,经济结构越来越复杂,社会价值越来越多元化的全新时代。建构在经济人、理性人基础之上,以个性张扬,权利抗争和互相竞争来塑造“人”的基本生存状态和外在发展模式的传统民法,无疑会受到强调社会安全和公益、社会协作、管制与自由兼容的新的社会发展需求的不断冲击。〔45〕在这一点上,中国民法的发展轨迹与西方社会基本相似。不过,我们同时必须清醒地意识到中西方在解法典化进程上的差异。申言之,西方民法典国家经历了一个先有法典化,继有解法典化的发展过程,中国民法却正处

〔41〕 谭兵、王志胜:“论法官现代化:专业化、职业化和同质化——兼谈中国法官队伍的现代化问题”,《中国法学》2001年第3期。

〔42〕 如最高人民法院《关于当前形势下进一步做好涉农民事案件审判工作的指导意见》(法发〔2009〕37号),《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号),《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》(法发〔2009〕41号)。

〔43〕 比如,在民间借贷领域,江浙沪三地高院纷纷结合司法实践,出台指导性审判意见。参见陆青:“论民间借贷的司法规范——以江浙沪三地高院意见为中心的实证考察”,《上海政法学院学报(法治论丛)》2011年第5期。

〔44〕 可参见国务院法制办公室编:《中华人民共和国民事法典》,中国法制出版社2014年版;法律出版社法规出版分社编:《中华人民共和国民事法典》,法律出版社2013年版。国务院法制办公室编写的“中华人民共和国注释法典”丛书中,“民事卷”部分包括《民事法典》、《婚姻家庭法典》、《物权法典》、《合同法典》、《损害赔偿法典》、《知识产权法典》、《征收拆迁补偿法典》。法律出版社编写的“中华人民共和国分类法典”(应用版)丛中,“民事法编”部分包括《民事法典》、《物权法典》、《合同法典》、《婚姻家庭法典》、《侵权责任法典》、《知识产权法典》、《民事诉讼法典》。

〔45〕 谢鸿飞:“现代民法中的‘人’”,《北大法律评论》2000年第3卷第2辑。

在一个法典化和解法典化交织并存的时代。因此,中国民法并不存在西方民法典国家“法典化——解法典化”鲜明的对立冲突。^[46]之所以形成这样一种混合局面,笔者认为,主要有以下几方面的原因。

首先,发展阶段不同。在历时性上,西方民法体现为自生自发式的发展过程,而中国民法则体现为后发外启式的发展过程。^[47]西方民法成长于自由、平等、个人权利、民族国家的土壤之上,并经过文艺复兴、启蒙运动和法国大革命等种种洗礼,受到意大利注释法学派、法荷自然法学派、德国历史法学派等精心呵护,才能将罗马法的胚胎在民法典的架构中逐渐培育起来。而从法典化走向解法典化,顺应了西方社会从自由主义盛行的早期工业社会向日益强调社会正义和多元共济的成熟工业社会的发展需求;^[48]“中国民法由外国民法继受而来”,^[49]由此也决定了自改革开放以来,中国的民事基本制度的建构都带有较强的向西方学习的印记。但任何法律制度在一定意义上说都是历史沿革的产物。其沿革,也常常是内在事理逻辑的反映。脱离了特定法律体系环境的理论演绎,即使能够自圆其说,但最终也将丧失生命力。正因如此,在短暂的学习和借鉴过程中,我们在物权变动规则、履行障碍体系、民事责任体系的建构、家庭财产和债务关系的分配等诸多民法核心问题上依然没有真正形成共识。而中国的解法典化进程,其实与法典化同步展开。在渐进式改革的进程中,中国民法特有的“摸着石头过河”的开放性特征,以及由此带来的问题导向的现实主义路径,使得层出不穷、纷繁交错的特别法律、司法解释、指导案例、部门和地方法规、各地法院指导意见从一开始就对民事一般法起着重要的互补作用,并呈现出一种“应急性”、“粗放型”的快速增长趋势。^[50]

其次,内在品性不同。西方民法体现为从技术中立到社会政策取向的发展过程,而中国民法,无论是法典化还是解法典化,都体现出鲜明的“为改革服务”的政策性取向。在自由和体系的内外保障之下,西方国家的民法典体现出鲜明的技术中立的特性。“民法典的概念、原理、原

[46] 关于西方传统民法典中法典化与解法典化的对立状态,学者谢鸿飞的描述颇为经典:“民法典与特别民法是‘经’与‘权’的关系,即民法典规定中立的、普遍的规范,特别民法则规定随社会政策权变的规范。两者是截然对立的:技术中立性/政策性;自治法/‘管制法+自治法’;抽象人格/具体社会角色;裁判法/行为法;理性支配的立法/偏好选择的立法;司法消极裁判/行政主动介入;专业/通俗等。”谢鸿飞,见前注[5]。

[47] 究其原因,在于西方和中国在现代化进程上存在根本差异,前者体现为内源的现代化,后者体现为外源或外诱的现代化。参见罗荣渠:《现代化新论》,北京大学出版社1993年版,页126。

[48] 龙卫球:“当代债法改革:观察与解读”,《南昌大学学报(人文社科版)》2012年第3期一文将私法的发展分为三个阶段:“第一次私法的重大发展,以自然理性主义为奠基的个人利益观的形成和崛起,导致了以维护个人利益为起点并导致公法和私法二元两立的罗马私法的滥觞和发展;第二次私法的重大发展,以近代自由资本主义的人格平等、经济自由理念和机理,特别是在欧陆以国家立法理性手段通过‘理念式’民法典、商法典的制定,使得私法跨越性发展成为鲜明地反映市场竞争资本主义要求的纯粹私法;而目前正在进行的第三次私法重大发展,则与工业社会进入快速发展和成熟时期的社会治理复杂性相适应,是一次以现代化为方向的私法整体转型之发展,是世界进一步朝向开放的市场化过程之中的传统私法如何突破近代以来以孤立的当事人关系和绝对个人自由论为中心的法律结构,转向在继续维护个人利益和自主的基础上同时兼顾社会正义和多元共济的法律结构”。

[49] 梁慧星:《中国民事立法评说——民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,页3。

[50] 钟瑞庆:“渐进式改革与私权的发展——中国式道路的法律角度的考察”,《中外法学》2006年第6期。

则、规则与制度超越时空、地域、民族、国体与政体、主权者意志的品质,它强调民法典内容的所谓真理性、永恒性与普遍性。”^[51]而解法典化则是利用特别法的工具来实现宪法上的价值追求和特定社会或特定领域的政策选择。无论是前者还是后者,都具有相对明确和稳定的体系结构;而在中国,宪法意识尚在培育之中,所谓“根据宪法,制定本法”,更多在于表明立法权上的正当性问题。^[52]追溯历史可以发现,改革开放以来的中国民法发展,一直具有鲜明的政策性取向。“基本上,只要社会主义建设任务发生哪怕是些微的变化,法律必紧随其后,亦步亦趋。”^[53]在民事一般法层面中,上世纪八十年代《民法通则》的颁布,为中国发展商品经济和市场经济提供了初步的法律框架;九十年代《公司法》、《合同法》等法律的颁布,为发展社会主义市场经济,尤其是推动国有企业改革发挥了重要作用;本世纪初姗姗来迟的《物权法》、《侵权责任法》,为维护社会主义基本市场秩序,促进社会和谐稳定奠定了法治基础;在特别法层面,特别法同样肩负着引领、推动和保障改革的重要使命。事实上,人们已经清楚地意识到,当下的改革已经逐渐进入到了攻坚期和深水区,很多社会问题的解决往往并不是一个点上的问题,而是涉及到一个系统工程,因此必须清楚把握不同社会系统中的内在发展规律,才能因势利导地加以解决。而目前不同微观社会领域的特别立法,基本上都是在这种问题意识的导向之下,扮演着“顶层设计”的角色。^[54]民事一般法和特别法在立法意图和政策导向上的高度一致,这就决定了中国民法的发展并不存在西方社会清晰的“法典化与解法典化”对立的状态。当然,中国民法承载的较强政策导向功能,不仅会影响其法律发展的持续性、稳定性和前瞻性——法律规范的频繁翻修几乎不可避免,同时也会对民法独立品格的形成和体系整合产生重大影响。

再次,价值取向不同。西方的法典化与解法典化体现强烈的自由与平等,私益与公益之间的对抗关系,中国民法,无论是一般法还是特别法,都存在着公益与私益交织并存的混合状态。西方传统民法典的终极价值是自由。通过设定两个完全平等的成年理性人作为推理前提,“自由”顺畅地演绎出古典民法的基本结构与规则体系,如取得自由的资格前提(民事主体/权利能力制度)、自由交易的基础(物权制度)与交易规则、婚姻自由与遗嘱自由和以加害人为出发点的侵权制度。^[55]通过这套以自由为中心的规范体系,民法典最大程度地保障了个人的权益,同时避免了公权力的不当干涉和介入。而解法典化的过程,恰恰是希望还原人在社会中的现实处境,将社会平等和正义的理念融入到市民社会的具体运行之中,也不可避免地会带来公私

[51] 谢鸿飞,见前注[5]。

[52] 朱庆育,见前注[2],页13。关于中西方宪法与民法关系的比较,参见钱福臣:“我国宪法私法效力问题的基础认知——基于中西比较的立场”,《当代法学》2014年第2期。

[53] 朱庆育,见前注[2],页19。

[54] 张德江:“提高立法质量 落实立法规划——在全国人大常委会立法工作会议上的讲话”,《中国人大》2013年第21期:“当前,我国改革已进入攻坚期和深水区,任务异常艰巨。深化各领域各方面改革,必须推进体制机制创新,加强相关制度建设,这些都与完善法律体系有密切关联。我们必须加强和改进立法工作,充分发挥立法在引领、推动和保障改革方面的重要作用,把改革决策与立法决策结合起来,及时地把改革开放的成熟经验上升为法律,巩固改革开放成果;同时,要更加注重从法律制度上进行顶层设计,努力使党的主张通过法定程序转化成国家意志,推动中央重大决策部署的贯彻落实,在法治轨道上不断推进改革开放伟大事业。”

[55] 谢鸿飞,见前注[5]。

法之间的规范碰撞;与此相较,政策主导或引导下的中国民法,从一开始就受到中国社会复杂结构和多元价值的内在限制。中国的民事一般法,并不是对以个人自由为中心的西方民法典的照抄翻版,这从中国物权法上的公私兼涉城乡二元模式,^[56]侵权责任法上以救济为中心的开放式路径中就可可见一斑;^[57]中国的民事特别法同样呈现出一种公益和私益充斥混杂,交错博弈的混合状态。作为典例,《旅游法》第66条第(三)项规定旅游者从事违法或者违反社会公德的活动的,旅行社可以要求解除合同。此项规则背离了《合同法》第94条关于法定解除权的一般规则,将公益维护直接纳入到平等民商事主体的交易规则之中加以考量。究其原因,在于这些特别法的立法过程往往由行政机关直接主导,并普遍采取综合性立法的模式。对私人行为进行公法管制,使得传统意义上的民事特别法往往兼具行政法的色彩。公权力和私权利的界限变得难以厘清。

最后,规范特征不同。传统民法典建立在法教义学的基础之上,以明晰的构成要件和法律效果的设计,通过三段论的演绎,将私法理念通过法律规范的解释适用贯彻到案件事实中去。这种建立在工具理性之上的民法体系运作,可以最大程度地保障当事人(个体)在可以预见行为后果的基础上谋求自身利益和价值实现的最大化。而法典之外的特别规范,往往具有明确的规范内容和解释空间,成为一般规范的具体化和例外规则;中国民法的发展,一方面需要考虑到大国法治的特点,需要尊重不同地区、不同阶层、不同行业、不同时期的发展需求,在法律规则的设计和运用上更为精细化。^[58]试图抛开特别规范,用民法的一般规则来回应如此纷繁复杂的社会需求,只会是一种理论幻想。中国民法对特别法的更大程度的纵容和无奈,无疑也存在合理的理由;另一方面,在人口众多、社会阶层不断分化、利益需求越来越多元化、社会治理的难度加倍提升的今天,^[59]中国民法还必须揭示出错综复杂的利益诉求,体现更为包容协作的立法理念。这就需要法律制度的设计和适用能够更具弹性/柔性的特质,以调和平衡多元利益。由此也决定了中国民法的一般规范和特别规范,并不具有西方法典化国家一般规范和特别规范之间的清晰鸿沟。中国的民事规则,无论是一般规范还是特别规范,往往都具有极强的模糊性和不确定性,保持高度的弹性和张力,需要通过司法实务的具体解释加以灵活调整。换句话说,规则的精细化和规则的弹性化,在表面看来,似乎是一对不可调和的矛盾,但在中国的特殊大国背景下,反而成为法律(民法)发展中的合理需求。

四、中国民法如何应对解法典化现象

在西方社会,如何化解法典化和解法典化之间的对立冲突状况,解决由此带来的民法内外

[56] 这一提法来自浙江大学光华法学院张谷教授的指点。

[57] 张谷:“论《侵权责任法》上的非真正侵权责任”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2010年第3期。

[58] 一个最简单的例子,在人口稀少,交通尚不发达的地区,也许有无红绿灯都显得微不足道,但在交通繁杂的地区,不仅红绿灯必须具备更多的分流功能,甚至需要通过限车、限牌、限行等种种行为规则的配套才能有效调整。

[59] 宋林飞:“我国经济社会发展呈现新的阶段性特征”,《南京社会科学》,2011年第1期。

体系冲突,已经成为当前民法发展的核心任务。^[60]《欧洲共同参考框架草案》无疑是这一体系整合努力的集大成者。^[61]但即便如此,依然有大量的学者对这一成果提出质疑。个人自由和社会公意之间的内生冲突,并没有在该草案中得到合理解决,大量反映社会协作需求的欧盟立法都并没有很好地融入到一般规则的设计之中。^[62]这样的结果,显然不是因为草案起草者的懈怠或刻意回避,或许正是因为传统民法典规则和现代社会发展需求之间在根本上存在着难以调和的价值冲突。正因如此,欧盟的民事立法已经从制定新型民法典的宏大规划,更为务实地转向了最体现市场运行一般规律的买卖法的统一目标上。^[63]

对于中国民法如何应对解法典化现象,笔者认为,在民法典形式缺失的背景下,中国民法既担负着建构自身民法内外体系的使命,^[64]同时又必须对世界范围内解构传统民法体系的“解法典化”思潮作出回应。中国既要在保障私权、捍卫自由、维护基本市场秩序等方面进一步推动民法的法典化进程,同时要对现代社会的发展需求,尤其是微观社会系统的法律需求作出回应。换句话说,对于法典化和解法典化同时并存的中国民法,并不存在着何者优先发展的问题,两者都具有着十分重要的现实意义。问题的关键在于如何更好地厘清法典化和解法典化之间的关系,使我们的民事一般法和特别法能够各归其位,分工明确。

对于民事一般法的功能定位,我们必须清醒地意识到,现有的市场体制仍然存在不少束缚市场主体活力、阻碍市场和价值规律充分发挥作用的弊端。未来民法规范的建构,应该更好地保障市场在资源配置中的决定性作用,更好地捍卫和保障私人权益和自由,剔除不必要的公法规范以及其他公权力或政府行为不当介入的因素。但与此同时,未来民法基本规范的调整目光不应该仅局限于市场或经济领域,死守在“古老的城堡”中不断修葺。在多元现代化的背景下,传统民法典所立足的市场/国家的公/私二元结构将被社会领域的多元性所取代。在任何一个社会系统和子系统领域,都可能存在着私纬度和公纬度的区分。^[65]因此,作为调整市民

[60] 关于欧洲私法统一运动,国内资料颇丰,如(德)齐默尔曼:《欧洲私法的现状》,韩世远译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第47卷),法律出版社2010年版,页427页;张彤:《欧洲私法的统一化研究》,中国政法大学出版社2012年版;范明志:《欧盟合同法一体化研究》,法律出版社2008年版;(荷)海赛林克:《新的欧洲法律文化》,魏磊杰译注,中国法制出版社2010年版。最新的理论成果可参见朱淑丽:《欧洲民法法典化研究》,上海人民出版社2013年版。

[61] 译文参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著,克里斯蒂安·冯·巴尔等主编:《欧洲示范民法典草案——欧洲私法的原则、定义和示范规则》,高圣平译,中国人民大学出版社2012年版。

[62] Hans-W. Micklitz, Fabrizio Cafaggi, ed., *European Private Law After The Common Frame Of Reference*, Edward Elgar, 2010.

[63] 《欧洲议会和欧盟理事会关于欧洲买卖法共同条例的提案》。其英文电子稿访问地址:<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52011PC0635>,最后访问日期:2014年4月26日。

[64] 朱岩:“社会基础变迁与民法双重体系建构”,《中国社会科学》2010年第6期。

[65] (德)贡塔·托依布纳:“多元现代性:从系统理论角度解读中国私法面临的挑战”,祁春铁译,《中外法学》2013年第2期。事实上,在笔者看来,现有中国民法中同样存在着公私纬度意义上的区分。如公司法上同样应该处理好股东个人权利(私纬度)和公司利益(公纬度)之间的互动关系,物权法上同样要关注小区业主和全体业主之间的利益均衡。

社会人际关系的基本规范的民事一般法,应该具有更富弹性和开放性的特质。换句话说,它应该在更为广泛的社会领域有所作为,通过整合一些新的,但“社会共同的、达成底限共识的规则”,^[66]从而最大程度地促进和保障个体活动及集体活动之自我实现。^[67]

笔者同时认为,对于处在动态转型过程中的中国民法而言,要想真正实现体系整合,并不能靠编纂一部形式意义上高度抽象理性的统一民法典,而是应该在变动的民法之中,在不断涌现的新的社会现象和民法问题面前,切实把握民法体系的内在特征和基本运动轨迹,通过合理的法律解释和适用,来协调和明确不同法律之间的动态关系。^[68]换句话说,体系整合应该是一个动态漫长的过程,只有通过民法解释学的发展和民事示范法的努力,在学术交流和司法实践的基础上达成更为广泛的价值共识和规范共识之后,我们才能真正提炼和制定出一部更具时代特质,更为开放新型的中国民法典。^[69]

对于特别法的功能定位,我们必须重新梳理政府、社会和个人三者之间的关系,划清特别法中国家、社会和市场的边界问题。

现代国家依靠三根支柱而稳定、发展和繁荣。这三根支柱是国家权力体系、市场价格

[66] 学者谢鸿飞将这个整合过程界定为一种“新民事自然法”思路。参见谢鸿飞,见前注[5]。

[67] (德)贡塔·托依布纳,见前注[65]:“它应当不仅对经济中的私人所有权提供保护,而且还应该保护个人隐私以对抗他人的干扰;保护个人关系中的私密空间,以排除社会的干预;保护对严格意义上的个人事务的自发追求,以排除对这些事务的集体化;保护个体和群体的基本人权,不仅是对抗政治上的大多数,而且对抗不同社会领域中无处不在的权力关系;保护人类思想的,卒以排除对沟通的干涉;保护个体意识的精神性存在,以排除公共信仰和政策的主导。”

[68] 以债法总则为例,受德国潘德克顿体系的影响,通说将债法总则理解为各种具体债的基础上抽象出来并能适用于各种具体债的共同规范体系。实际上,债法总则/债法上的共同规则并非固定不变的规范体系。因债的发生原因、债的种类、给付标的(金钱之债、行为之债、特定物或种类物)、债的履行情况(双方尚未履行,一方已经履行完毕等)等不同,债法总则在内容和体例上一直处于动态变动之中。因此,笔者认为,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则,整合现有的债法体系,协调债法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。

[69] 具体来说,在民法解释层面,我们对于现有规则是否科学合理的讨论,应该从理性的抽象议论转向具体的情境分析,从对宏观理论的建构和把握转向对微观制度和案例的系统梳理。正是在这个意义上,与编纂民法典相比,编写现有民法的评注工作对当下中国的民法发展有着更大的现实意义。在示范法层面,我们可以通过法律人的交流和努力,设计一些更符合交易习惯和社会需求的软法规则对中国民法的体系整合进行外在的引导和推动,并最终通过司法实践中不同规则之间的自由竞争来检验这些示范法的合理性和可行性。在这一方面,“亚洲合同法原则”和“两岸四地民法示范法”的起草工作及未来成果,无疑同样值得期待。这其中,“亚洲合同法原则”(PACL)是由东亚地区学者自发发起的合作研究项目,其目标是在比较法研究的基础上起草一套适合亚洲经济交往需要的规则和原则。见韩世远:“亚洲合同法原则:合同法的‘亚洲声音’”,《清华法学》2013年第3期;《两岸四地民法示范法》由中国人民大学、清华大学、北京大学、辅仁大学、台湾大学、东吴大学、香港城市大学、澳门大学等法学教学研究机构发起的合作研究项目,其目的在于推进中国两岸四地民商事法律的协调和统一。《两岸四地合同法示范法》作为《两岸四地民法示范法》的第一个项目已经启动,后续项目将陆续展开。最新进展见“民法典青年沙龙”第六期——两岸四地合同法示范法,中国民商法律网,访问地址:<http://www.civillaw.com.cn/wzgg/content.asp?id=2062>,最后访问日期:2014年5月18日。

机制和社会自治系统。三者各自需要安顿在现代制度平台上,以期实现国家权力体系的法治运作,市场对资源的高效配置,社会公众的自主、自治和自律。〔70〕

要实现这样的社会善治,必须避免单独依靠政府力量推进特别立法的方式对不同社会问题和不同行业领域进行直接管制,而需要通过建立和完善新型的社会治理体系,使得社会组织,不同行业可以各归其位,各尽其能,使得社会公众能够在日常生活和组织行动中承担相应的责任。因此,特别立法盛行的局面应该适度缓和或克制,避免法令多头,叠床架屋以及频繁修改的局面不断发生,避免特别法以公益的名义对私人行为的不当干预。在这个意义上,以私益保护,私权建构为核心的民事一般法与特别法应形成良好的互补关系。〔71〕

当然,这并不意味着国家不需要进行特别法层面的顶层设计。但这种顶层设计应该是一种社会竞争性的设计,应有更大程度的公众参与。另外,特别法的顶层设计必须最大限度地符合社会特定领域和特定行业的内在发展规律,才能保持其规则的有效性和稳定性。以正在进行的卫生立法起草为例,尽管我国现行立法上已经存在十多部与卫生领域相关的立法,但由于缺乏一个系统的合理设计,相对松散的法律规范,包括一些地方的立法实践,不仅不能解决问题,而且叠床架屋,徒增干扰。实际上,从系统论的角度来看,卫生医疗系统又分为公共卫生、医疗服务、药品生产流通体系和医疗保障四个微观系统,各自存在一定的运行规律。同时,每个体系本身也是多层次的,既有公共项目,也有关于市场运作的内容,涉及不同的利益群体,需要根据不同微观系统本身的运行规律来具体分配政府管理与市场机制的比重。因此,要想有一部科学完善的卫生立法特别法,我们依然需要进行大量的实证调研和公众参与工作。〔72〕

在“法典化”和“解法典化”之间,中国民法显然任重而道远。

(责任编辑:薛 军)

〔70〕 任剑涛:“国家释放社会是社会善治的前提”,载《社会科学报》2014年5月15日,第3版。

〔71〕 举例来说,前文提到《旅游法》第66条第(三)项规定旅游者从事违法或者违反社会公德的活动的,旅行社可以要求解除合同。理论上也可以结合《合同法》第94条关于合同解除的一般规则,将该条文解释为“旅游者从事违法或者违反社会公德的活动的,导致旅游合同目的无法实现的,旅行社可以解除合同”,从而更好地保障了旅游者的合同利益不受不当干预,同时更好地发挥合同法一般规则对《旅游法》相关特别规则的指引和补充作用。

〔72〕 王虎峰:《中国新医改——现实与出路》,人民出版社2012年版,页167—168。