

超越经验主义立法：编纂民法典

朱广新*

摘要 我国现行民法是在两步走的民事立法策略指导下适应改革开放的现实需要于三十年间逐渐发展起来的。浓厚的经验主义立法思维,使现行民法不仅在内外体系两方面皆存在严重缺陷,而且在法律适用上生发出日益膨胀的司法解释肿瘤。种类繁多、数量巨大的司法解释,已对民事法律构成严重解构之势。为适应全面深化改革和全面推进依法治国所可能产生的政治国家与市民社会分化的新型政治社会结构,我国民事立法应顺应时势从经验主义转向理性主义,编纂民法典。为此,立法者应深刻领会私法的特性,摒弃超前立法会束缚人们手脚的陈腐观念。

关键词 民法典编纂 经验主义立法 民法的内在体系 民法的外在体系 司法解释

编纂一部科学的民法典是我国几代民法学人的梦想和追求,立法者在1954年至2002年的近半个世纪里也曾矢志不渝地为此奋斗过四次。^{〔1〕}然而,今天,我国民法典编纂遭遇到1950年代以来未曾有过的挑战:在仅将民法的主要组成部分制定为部门民法的情况下,最高立法机关和最高行政机关皆向世人宣告,中国特色社会主义法律体系已经形成。^{〔2〕}民法学

* 《中国法学》杂志社编审、研究员。本文系作者主持的国家社会科学基金项目“民法中的未成年人保护问题研究”(批准号:13BFX082)的成果之一。

〔1〕 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,页15—24。

〔2〕 2011年3月10日,全国人大常委会委员长吴邦国在一年一度的全国人民代表大会常务委员会工作报告中宣布,截止2010年底,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,由多层次法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。中共中央2011年批转了全国人大常委会关于形成中国特色社会主义法律体系的报告。2011年10月27日,中华人民共和国国务院新闻办公室发表《中国特色社会主义法律体系》白皮书,再次宣布中国特色社会主义法律体系已经形成。

界虽然随即作出中国民事立法亟待编纂民法典予以体系化整理、理性提升的回应,^{〔3〕}但最高立法机关充耳不闻民法学界的呼吁,十二届全国人大常委会立法规划不仅未涉及民法的修改完善,而且根本未提到民法典编纂。^{〔4〕}不过,同样在今天,全面深化改革和全面推进依法治国的重大政治决定^{〔5〕}与自由、平等的社会主义核心价值观,^{〔6〕}为民法的法典化完善既提供了绝佳政治环境,^{〔7〕}又提供了坚实的精神乃至意识形态基础,^{〔8〕}我国民法从而亦适逢千载难遇的法典编纂契机。

众所周知,我国经济、社会、法治正处深度变革中,相比于1970年代末改革初次启动之时,当前正被加速推进的改革,因强调“顶层设计”、“整体推进”及制度体系的“系统完备”、“科学规范”,有可能会对我国政治国家与市民社会的分化形成产生深远影响。值此重大历史转折点,新一届人大常委会或下届人大常委会应审时度势,^{〔9〕}深明大义,重视民事立法质量,认真对待一再为学界提及的民法体系性、法典化问题。民法学者更应静下心来对现行民法作出全面整理、系统解释和理性分析,尤其应对现行散乱的民事规范所存在的问题作出全面诊断。唯有如此,才能合理判断现行民法能否担当起市民社会之基本法的重任,并有可能使民事立法重回法典化之路。

鉴于我国三十余年民事立法的经验主义特性,^{〔10〕}本文拟以经验主义立法为基点,从立法政策、民法的内外体系、民事司法解释等方面,全面分析我国现行民法所存在的问题,以抛砖引

〔3〕 关于重要学术论文,参见王利明:“法律体系形成后的民法典制定”,《广东社会科学》2012年第1期;孙宪忠:“我国民法立法的体系化与科学化问题”,《清华法学》2012年第6期。关于重要学术会议,例如,2012年10月27—28日,中国社会科学院法学研究所举办“瑞士债法百年暨中国民法立法国际研讨会”,参见《瑞士债法典》立法经验,呼吁尽快制定民法典;2013年1月19日,中国政法大学举办“中国民法草案审议十周年——民法典之展望”,呼吁制定民法典,以使现行民事法律更富体系性。

〔4〕 参见“十二届全国人大常委会立法规划”,《中国人大》2013年第21期。

〔5〕 参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过)、《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过)。

〔6〕 2012年11月,中共十八大报告明确提出,“倡导富强、民主、文明、和谐,倡导自由、平等、公正、法治,倡导爱国、敬业、诚信、友善,积极培育和践行社会主义核心价值观。”2013年12月,中共中央办公厅印发《关于培育和践行社会主义核心价值观的意见》明确提出,“这24个字是社会主义核心价值观的基本内容,为培育和践行社会主义核心价值观提供了基本遵循”。

〔7〕 有研究认为:“对于法典编纂而言,政治因素必定是重要的,并且当法典问世之时,也必定有适当的政治环境。”(美)艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,页144—145。

〔8〕 法国18世纪杰出思想家孟德斯鸠认为:“只有受到民法的支配,我们才能自由。因为我们生活在民法之下,所以我们是自由的。”(法)孟德斯鸠:《论法的精神》,孙立坚、孙丕强、樊瑞庆译,陕西人民出版社2001年版,页576。

〔9〕 张文显教授指出:“全面深化改革的过程就是同步实施法制改革和全面推进法治建设的过程。”“全面深化改革必然要求‘深刻变法’,要求法制进行与之相适应、相协调的配套改革。”张文显:“全面推进法制改革,加快法治中国建设——十八届三中全会精神的法学解读”,《法制与社会发展》2014年第1期。

〔10〕 江平教授总结说,“从改革开放开始,我国的法治进入了法律经验主义阶段”。参见马国川编著:《中国在历史的转折点:当代十贤访谈录》,中信出版社2013年版,页70。

玉,希冀引发更具现实批评性的类似研究。

一、经验主义立法的由来:两步走的民事立法

从1980年9月颁发《婚姻法》至2009年11月通过《侵权责任法》,我国民法是在改革开放过程中,适应经济、社会发展的现实需求,于30年间缓慢、逐步发展起来的。而且,像《合同法》、^[11]《物权法》^[12]两部极其重要的财产法及作为民事共同法的《民法通则》,^[13]皆是在吸收既有立法成果、总结先前立法经验的基础上制定而成。由于一直被看作调整社会主义商品经济^[14]或市场经济关系^[15]的基本法,我国民法自始无法做到以市民社会为基础、以意思自治为理念予以系统构造。理解、评价我国民法绝对不能忽视民事立法的这些特点,因为它决定了我国民法的如下四个特性:阶段性、经验性、局限性、简略性。

阶段性,是指民法分别是在计划调节为主市场调节为辅的计划经济体制、有计划商品经济体制、社会主义市场经济体制等至少三种不同形态的经济体制之上分期制定出来的。^[16]经验性,是指民法是遵循“成熟一个、制定一个”的立法政策,^[17]几乎完全依据既有立法和审判经验制定而成。由以上两个特性所决定,现行民事立法具有明显的局限性,即其不仅具有鲜明的时代烙印,而且往往局限于实践经验所得,对于未来可能出现的新情况、新问题往往无从应对。为尽可能减少经验性立法的局限性,我国民事立法实际上一直秉执着另外一个重要立法政策,即“宜粗不宜细”。立法者希望以粗线条的立法,使法官在经济体制转轨过程中享有因地、因时、因势而宜的便利性。

很明显,在上述四个特性中,阶段性和经验性最具根本性,而就阶段性和经验性二者而言,经验性最具决定性,完全可以说,立法的阶段性是经验主义立法的必然产物。因为根据经验主

[11] 《合同法》是总结《经济合同法》、《技术合同法》、《涉外经济合同法》以及其他法律中有关合同的规定的基础上制定而成的。参见梁慧星:“从‘三足鼎立’走向统一的合同法”,载梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,页121、124-126。

[12] 《物权法》的制定总结了《民法通则》、《担保法》、《农村土地承包法》、《城市房地产管理法》等法律。参见王兆国(全国人大常委会常务委员会副委员长):“关于《中华人民共和国物权法(草案)》的说明——2007年3月8日在第十届全国人民代表大会第五次会议上”。

[13] 《民法通则》的制定总结了《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《专利法》、《商标法》、《婚姻法》、《继承法》等先前制定的法律以及人民法院审理民事、经济纠纷案件的实践经验。参见王汉斌(全国人大常委会秘书长、法制工作委员会主任):“关于《中华人民共和国民法通则(草案)》的说明”(1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上)。

[14] 参见佟柔主编:《社会主义商品经济的法律调整》,中国检察出版社1991年版,页88以下。

[15] 参见魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,页11。

[16] 参见柳经纬:“我国民事立法的回顾与展望”,柳经纬主编:《厦门大学法律评论》,第五辑,厦门大学出版社2003年版,页1-59。

[17] 例如,1986年4月2日,王汉斌在第六届全国人民代表大会第四次会议上所作《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》明确指出,“考虑到民法通则还不是民法典,草案可以对比较成熟或者比较有把握的问题作出规定,一些还不成熟、把握不大的问题,可以暂不规定”。亦可参见马国川:“从《民法通则》看民事立法的经验——专访彭真委员长之子傅洋律师”,《中国改革》2007年第1期。

义认识论,知识不仅来自于实践,而且取决于人类的社会经验。尚未取得经验认识的知识或看法,是靠不住的,不足为凭的。因此,相比于无限发展的未来,经验性知识或立法无论如何都难逃阶段性宿命,并由此带有鲜明的时代烙印和历史局限性。被视为过渡性立法的《民法通则》是这种立法思想的典型代表。^[18]

至于立法者为何那么信赖经验主义,而置理性主义立法于不顾,历史地看,与两步走的民事立法策略有很大关系。所谓两步走的民事立法,指民法的制定或民法典编纂不是通过一次立法完全完成,而是按照“成熟一个、制定一个”的立法政策,成熟的先发布单行法规,不成熟的继续研究,单行法规试行成熟之后,再综合成为民法。这种民法典编纂方法,完全不同于我国1930年代前后编纂中华民国民法时所采纳的民法典各编(民法总则、债编、物权编、亲属编、继承编)于三年间陆续制定,并最终汇总为一部完整民法典的法典编纂方法。后一种民法典编纂方法,实际上是毕其功于一役地编纂民法典,只不过,由于法典编纂乃一项浩大立法工程,需分步骤施工,工期拖得稍长一点而已。这是一种相当常用的法典编纂方法,新近的《荷兰民法典》、《俄罗斯民法典》皆如此编纂。

两步走的民法典编纂方法实质上不想一次即把民法典制定出来,因为立法者认为,法典编纂的条件尚不成熟,立法不可冒进、超前。所谓“条件”,主要指经济条件,具体指经济体制正处于“摸着石头过河”的缓慢转型期,远未形成一种稳定、清晰的经济秩序。立法者对经济体制以及由此决定的政治体制、社会秩序最终转向何处及何时完成转变既无法预知又无从把握。这实际上正是经验主义认识论必然的逻辑后果。经济体制改革的“摸着石头过河”特性及与此伴随的自发演化特色,^[19]为经验主义立法提供了充足的现实基础。

两步走的民法制定策略在我国由来已久。其最早可追溯至彭真(时任政务院政治法律委员会副主任)1951年5月11日向政务院第八十四次政务会议作《关于政法工作的情况和目前任务》的工作报告时所作如下讲话:

在立法方面,目前尚不宜于急求制定一些既不成熟又非急需的“完备”、“细密”的成套法规,以致闭门造车或束缚群众的手足;应该按照当前的中心任务和人民急需解决的问题,根据可能与必要,把成熟的经验定型化,由通报典型经验并综合各地经验逐渐形成制度和法律条文,逐步由简而繁,由通则而细则,由单行法规而形成整套的刑法、民法。^[20]

“由简而繁,由通则而细则,由单行法规而形成整套的刑法、民法”的论断,显然建立在两步走的法律制定观念之上。在新中国第一次民法典编纂期间,负责民法典起草工作的彭真再次指出,应分两步渐次完成民法典的制定,即“对民法、刑法和民事诉讼法、刑事诉讼法的初稿,希望同志们共同研究。准备分别轻重缓急,成熟的先发布单行法规,不成熟的继续研究。单行法

[18] 参见佟柔:“我国《民法通则》的时代特色和对经济改革的影响”,载《佟柔中国民法讲稿》,北京大学出版社2008年版,页232—244。

[19] 参见(英)罗纳德·哈里·科斯、王宁:《变革中国:市场经济的中国之路》,徐尧、李哲民译,中信出版社2013年版,页231。

[20] 彭真:《论新中国的政法工作》,中央文献出版社1992年版,页26。

规试行成熟之后,再综合成为民法、刑法”。〔21〕

1970年代末,改革开放政策甫一开始实施,民法典制定再次被列入议事日程。在与民法起草小组的专家们谈话时,彭真提出了“制定民法可以同制定单行法同时并进”〔22〕的立法思路。此时,彭真的法律制定策略看似由“两步走”转变为“同步走”,实则不然。就像人不可能两脚并进那样,民法与作为其组成部分的单行法事实上很难并足而行。这不是因为民法必须以单行法为基础,而主要原因在于,依法律的统一性、权威性看,民法与其组成部分的单行法,不可能并行发挥效力,二者的关系是,要么单行法独立存在并单独发挥作用,要么民法吸收单行法而发挥统一法的作用。因此,彭真的本意应该为,在制定单行法之时,勿忘民法之制定,民法的制定须两手准备。这其实意味着,民法的制定应选择单行法先行,尔后再编纂统一的民法典。〔23〕

彭真的立法思想对我国1980年代的民事立法产生重大影响,立法机关完全贯彻了两步走的民法制定策略,如王汉斌1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上作《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》所言:

由于民法牵涉范围很广泛,很复杂,经济体制改革刚开始,我们还缺乏经验,制定完整的民法典的条件还不成熟,只好先将那些急需的、比较成熟的部分,制定单行法。几年来,陆续制定了一批民事的或者与调整民事关系有关的《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《专利法》、《商标法》、《婚姻法》、《继承法》等。

两步走的民法制定思想也得到权威民法学者的应和,如1980年代我国民法学界的旗手佟柔教授讲到:

《民法通则》的诞生,一方面说明,经济生活的迫切需要再也不能等待立法者从容不迫地用若干年时间去制定一部完整的民法典;另一方面也说明,新旧体制转轨过程中出现的各种经济关系需要一段时间才能明朗化、稳定化。目前,只能把那些较为成熟而又亟需明确的经济关系用法律形式固定下来。因此,制定统一民法典的时机还不成熟。〔24〕

〔21〕 彭真,同上注,页114。

〔22〕 彭真更为具体的言论为:民法不是短期间可以制定的。这不是我们不努力,而是问题本身就十分复杂,加上体制正在改革,实际上有困难。因此,一方面要搞民法,另一方面要搞单行法,民法和单行法可以同时进行,也可以把民法草案中比较成熟的部分,作为单行法规先提出审议、公布……先搞单行法,成熟了,再吸收到民法中来……要认真调查研究,成熟多少写多少,不成熟的不要定。又不一定要十分完备,以后还可以补充。彭真,见前注〔20〕,页267。

〔23〕 梁慧星教授指出,“1982年以后,中国在民事立法方针上有了重大变化。立法者考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活中不断发生各种新情况和新问题,各种经济关系错综复杂而且变动不定,不可能在短期内制定出一部完整的民法典。因此,转而采取了先分别制定民事单行法,待条件具备时再制定民法典的立法方针”。梁慧星:“中国民法:立法史·现状·民法典的制定”,梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1993年版,页65。

〔24〕 参见佟柔,见前注〔18〕,页232。1990年代初期相当重要的民法教科书——《中国民法》在论述第三次民法起草时指出:“由于民法涉及的面很广,十分复杂,当时我国的经济体制改革又刚刚开始,很难拿出一部完整的成熟的民法典来。因此,在民事立法上采取了两种方式并举的办法,即在制订民法典的同时,抓紧先制订一批社会急需的条件又比较成熟的单行法。”佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,页15。

两步走的民法制定策略在 1990 年代及其以后事实上完全被坚持下来,虽然立法者没有明确予以指明,有两点可予以佐证:第一,当经济体制的改革目标明确被确定为建立社会主义市场经济体制之后,^[25]立法者不是考虑制定统一的民法,而是忙于制定一些为社会主义市场经济急需的民事单行法或民事特别法,如《担保法》、《公司法》、《合同法》等。第二,当社会主义市场经济体制已经确立并趋向完善之际,立法机关虽然启动了第四次民法典编纂,并于 2002 年 12 月提交九届全国人大常委会第三十一次会议对《中华人民共和国民法草案》进行了初审,但立法机关很快重回两步走的旧路:无任何说明地放弃制定统一的民法,积极着手制定作为民法重要组成部分的物权法。《物权法》、《侵权责任法》以及《涉外民事法律关系适用法》于 2000 年代后期的次第制定,说明立法者仍然按照轻重缓急的思路践行彭真的民事立法策略。

行百里者半九十。世间很多事功,越是接近目的地,越是倍加艰辛,稍有松懈,即可能功亏一篑。两步走的民法立法同样如此。与从无到有地直接编纂民法典相比,先制定单行法再编纂民法典看似容易,实际上难度更大,因为改造、加固并完善旧建筑往往比新建要求更周全的考虑、更精细的工作、更持久的耐心和毅力。而且,它还要求立法者切勿贪恋既有成果,并尽力克服长久以来一点一点累积起来的疲劳心理。

“中国特色法律体系已经形成”的庄严宣告,说明立法者已完全沾沾自喜于一些阶段性事功,不想再接再厉向既定目标冲刺。两步走的民事立法策略由此被抛到九霄云外。此种因小失大的行为,不仅辜负了前人厚望,背弃了民事立法史,亵渎了国人重托,而且为民法的理解和适用带来了一系列难题。

二、民法的内在体系:陈旧、缺失、无序

民法体系有内在体系和外在体系之分:^[26]外在体系,指由抽象的或一般性的法概念、制度以合乎形式逻辑的方式构成的体系;内在体系,实际上是指民法基本原则或价值之间的内在关联。构成内在体系的民法诸原则,具有相同的价值阶位,彼此间的差异主要表现在效用强弱上。它们通过相互补充、互相限制的交互作用,彰显各自的意义和内涵。基本原则通常是理解概念、规范群之间的意义脉络乃至整个外在体系的基础,民法的内在体系因而决定着民法的内在规定性,并将民法与其他部门法明确区别开来。由于人们对法律原则的理解和评价具有历史性、可变性,所以内在体系呈开放状态。

外在体系以树状结构勾画了民法外观,它由不同抽象度的下位概念、上位概念、最上位概念按形式逻辑规则编制而成。这种体系不但可以提高民法的“可综览性”,从而提高民法的“实

[25] 1992 年 10 月 12 日,中共十四大报告明确指出,中国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制。1993 年 3 月 29 日,八届全国人大一次会议将《宪法》第 15 条修改为“国家实行社会主义市场经济”。

[26] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,页 47;(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,上册,王晓哗等译,法律出版社 2003 年版,页 39;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。

用性”，而且可提高裁判的“可预见性”，从而提高“法之安定性”。只要这种体系“圆满无缺”，则仅凭逻辑的运作即能圆满解答每一个法律问题。^{〔27〕}但是，若将此封为金科玉律，民法典一旦编纂完成，法学和法律适用则可能完全变成一种形式逻辑运算，而法的目的性、伦理性则被“涵摄”思维所埋没。这明显背离了法学的价值导向性思维。因此，在理解民法体系时，应将内在体系与外在体系及其相互关系结合起来进行综合思考。无论是内在体系还是外在体系，在存在论上必须满足体系所遵循的基本形式逻辑原则，即同一律、矛盾律、排他律和充分律。这些逻辑原则使民法在内在的价值取向和外在的规范形式上皆相互一致、无矛盾、无冲突。

中国特色民法体系是否已经形成，中国民事立法应否抓住历史机遇进行二次创业（走好第二步），民法体系之现状如何，无疑非常值得研究。以下主要以私法自治、信赖保护、社会平衡等三项民法基本原则为主先对我国民法的内在体系予以批判性分析。

（一）私法自治

私法自治是民法最具影响力的基本原则，它提供给个人一种受法律保护的自由，使个人能够依其意志自主形成法律关系。^{〔28〕}私法自治实质上属于意思自治，它使个人通过自主决定、自由选择、自我负责，充分发展自己的人格，维护自己的尊严。私法自治经由所有权自由、合同自由、婚姻自由、收养自由、遗嘱自由等次级原则架构起民法的思想主干、形成民法的主要脉络，并通过抽象度更低的法律原则及像行为能力、自己责任、过错责任之类的衍生制度型构了民法内在体系的主脉。

脱胎于经济体制转型期的我国民法，以相当独特的方式对私法自治作出了规定。1986年制定的《民法通则》第4条明确规定，民事活动应当遵循自愿的原则。由《民法通则》第四章第一节（“民事法律行为”）所采“意思表示”、“真实意思”等概念，以及由1980年制定的《婚姻法》所采“婚姻自由”、“结婚必须男女双方完全自愿”、“自愿离婚”，1985年制定的《继承法》所作“遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思”等规定体系地看，自愿原则实质上就是意思自治或私法自治原则，学者们也大多作如此理解，如我国二十世纪90年代最具权威性的民法体系书之一《中国民法学·民法总则》认为，“自愿原则与传统民法中的私法自治原则相似”。^{〔29〕}

然而，必须指出的是，《民法通则》在规范民事法律行为时宁愿使用“意思表示真实”或“真实意思”等用语而不愿像《婚姻法》那样使用“自由”概念。而对于践行私法自治原则之基本制度的法律行为而言，意思自由或意思自治才是根本所在，意思表示真实仅在真意保留、虚伪表示、意思表示错误等制度中有所作为。

这种立法造成相当大的消极影响：意思表示在法律行为制度构造中的价值几乎完全被体现管制思想的法律行为效力类型遮蔽。这具体表现在如下几点：第一，把法律行为定性为一种“合法行为”，完全忽视了这种法律事实相比于其他法律事实的独特之处——意思表示。法律

〔27〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，页471。

〔28〕 参见（德）迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，页142—143。

〔29〕 参见佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版，页17。另外参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，页61。

行为是私人创设调整其相互利益关系的法律规范的行为,“规范性”是法律行为的本质属性。法律对法律行为的调整主要表现为“效力性”评价,而非“合法性”评价。^[30]第二,依有效、无效、得变更或撤销等体现管制思想的效力类型,分门别类规定法律行为,并特别重视无效民事行为。第三,明确规定法律行为应当具备的条件,即民法教科书或著述通常提到的法律行为的生效要件。第四,无效民事行为的范围和种类过于宽泛。

相比于其他民事法律事实,法律行为的显著特征是,法律允许民事权利、义务可依当事人的自主意思而形成(设立、变更或终止)。因此,以意思自治为核心的意思表示则是法律行为制度构造的核心。^[31]另外,由于作为私法自治基础的自由,主要是一种免于强制或干涉的消极自由,而强制在范围与规模上远小于自由(自由是普遍的,强制只是例外)。所以,从立法技术上讲,法律只要按照消极自由的理念规定,法律行为在何种情形下无效即可,而不宜规定法律行为的生效条件。显然,《民法通则》在落实私法自治上从规范思想和立法技术两方面皆存在严重缺陷。造成这种情况的根本原因是,在计划经济体制仍处于支配地位下,自由尚未成为民事活动的基本行为取向,行政权力仍具有强大的影响力。

私法自治原则虽然在为发展社会主义市场经济而制定的《合同法》中得到更大展现,^[32]但由于《合同法》形成于经济体制转轨之际,且其内容以首先考虑总结我国三部旧合同法的经验为主,所以《合同法》在确立私法自治时仍然存在经验主义立法难以克服的保守性、局限性。这突出表现在如下几方面:第一,在确立合同自由原则时,沿用《民法通则》所使用的自愿概念,仍然不愿使用自由概念(第4条)。^[33]第二,在规定合同的效力时(第8条、第44条第1款),沿袭三部旧合同法的“合同依法成立”的观念,使用“依法成立的合同”的表述。合同是典型的法律行为,其成立无论在形式与内容上皆奉行自由原则,当事人可以依法律规定的方式(如要约、承诺方式),亦可以选择自己事先约定的方式。因此,“依法成立”的表达说明,立法者仍然保留着对于合同成立予以管制的思想。第三,因袭《民法通则》的旧制,积极规定合同订立的条件,即应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益(第7条);应当具有相应的民事行为能力(第9条)。其实,《合同法》第47、52条已依消极自由思想对这些条件作出了明确规定。第四,在规定欺诈、胁迫、趁人之危时,仍像《民法通则》那样使用“违背真实意思”的用语,而不使用较为准确的“违背自由意思”或违背公序良俗的表达,因为欺诈和胁迫侵犯的是意思形成自由,乘人之危乃违背公序良俗之举。第五,以保护“国家利益”为目的,执拗地保留了《民法通则》第59条规定的以欺诈、胁迫手段成立的法律行为无效的规定。实际上,但凡损害国家利益的合同,无论是采取什么手段,皆可因损害社会公共利益而当然无效。欺诈、胁迫规范方式的“双轨制”,明显打乱了无效制度的规范体

[30] 参见薛军:“法律行为‘合法性’迷局之破解”,《法商研究》2008年第2期。

[31] 参见孙宪忠,见前注[3]。

[32] 最为突出的表现是,《合同法》第4条规定,“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预”。这实际上以消极自由观念明确确立了合同自由原则。

[33] 关于合同自由与合同自愿的区别,参见江平、程合红、申卫星:“论新合同法中的合同自由原则与诚实信用原则”,《政法论坛(中国政法大学学报)》1999年第1期。

系。第六,承袭《民法通则》第59条,继续将“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”规定为合同无效的一种情形,而拒绝承认为大陆法系各国普遍认可的虚伪表示制度。第七,墨守《民法通则》之陈规,不接受真意保留制度、错误概念,并继续将暴利行为拆分为显失公平、乘人之危行为。

以上不完全列举旨在说明,我国民法对私法自治的理解和规定不仅是孤立的、片面的,而且心存戒备,根本未像许多教科书说明的那样合乎体系地贯彻私法自治原则。更为甚者,《民法通则》受旧经济体制、旧意识形态制约的一些不合理的思想和做法,至今仍被因循着。

(二) 信赖保护

信赖保护同样是近现代民法的一项基本原则,^[34]我国立法与学说目前虽然接受了一些体现信赖保护原则的法律制度,但很少有教科书将信赖保护看作一种可以与私法自治并行的民法原则。学理的匮乏进而造成立法不但没有系统地对信赖保护作出规定,而且没有比较规范地建构一些信赖保护制度。至于信赖保护在民法内在体系中与私法自治原则的相互关系,立法和学说更是所涉甚少。

信赖保护原则,也称信赖原则,是指为促进当事人实施交易,依据法律的特别规定,民事权利或义务可依法定信赖事实而发生变动。总的来讲,信赖保护是民法为应对个人自由主义附随的交易风险或为了确保由个人自由主义所必然产生的交易安全而产生,它是近现代民法固有的、内在的体系需求,不是民法为适应日益复杂的现代社会而迫于外力而作出的一种自我调适,更不是近现代民法社会功能的一种扩张。从其为交易安全而生之特性看,它只是个人本位思想的一种延长,^[35]并不是基于社会平衡或连带思想而外加于民法的一种原则。

从私法关系或私权变动的角度看,以交易行为为适用前提的信赖保护原则在功能上仅具有补充或强化私法自治原则的作用。由此所决定,以信赖保护原则为指导而确定的一些法律制度通常被看作私法主体参与交易行为的一种特别方式。由于信赖保护制度以法定方式调整私法关系,所以信赖保护原则主要体现为一些以信赖事实构成为构造核心的法律制度。

由于对信赖保护及其与私法自治的关系缺乏系统理解,我国现行民法在实现信赖保护原则上不仅存在明显的制度缺失,而且其关于信赖保护制度的许多规定几乎皆存在这样或那样的缺陷。制度缺失主要体现为:在法律行为制度中,对真意保留、虚伪表示、意思表示错误、第三人欺诈、第三人胁迫等制度构造中的信赖保护;在债权让与制度中,对债权表见让与制度中的信赖保护;在债务清偿制度中,对涉及信赖保护的表见债权人、债权准占有人制度;几乎未作出任何规定。^[36]制度缺陷突出表现为:《合同法》第49条仅对表见代理作出极其概括的规定,造成学界对表见代理的构成一直争论不休;《物权法》第106条未考虑到动产物权与不动产

[34] 参见(德)汉斯·布洛克斯、(德)沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,第33版,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,页28。

[35] 日本著名民法学家我妻荣认为:“交易安全这一法律理想,是随着资本主义经济交易的发展,为了其安全而生的概念,所以在这个意义上它仍然是个人本位思想的延长。”(日)我妻荣:《新订民法总论》,于敏译,中国法制出版社2008年版,页61。

[36] 参见朱广新:《信赖保护原则及其在民法中的构造》,中国人民大学出版社2013年版。

物权在信赖保护机制上的显著差异,将不动产登记簿公信力制度纳入善意取得制度进行了统一规定。^[37]

(三) 社会均衡

民法,尤其是财产法部分,并非仅为平衡私人之间的关系,其还基于社会观念平衡私人之间的私法关系及私人与国家或社会群体之间的关系,以保护弱势当事人,维护社会正义。随着民法由近代向现代尤其是当代的嬗变,社会均衡原则在补充或矫正意思自治之流弊使民法满足现代社会需要上的作用越来越大。

在计划经济体制之上发展起来的我国民法,一开始即完全接受了近代民法中体现社会均衡原则的一些法律制度,如无民事行为能力制度、违反法律或者社会公共利益的法律行为无效制度、显失公平和乘人之危制度、见义勇为制度(《民法通则》第 109 条)、公平责任制度(《民法通则》第 132 条)等。另外,我国《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《合同法》、《侵权责任法》等法对格式条款的特别规定、对消费者的特别保护、对无过错责任的特别规定、对补充责任的特别规定,亦无不体现了现代民法的社会均衡思想。然而,尽管如此,我国民法在协调私法自治与社会均衡原则上仍然存在如下值得改进的突出问题:

第一,自然人无行为能力制度对未成年人、精神缺陷成年人所提供的消极保护(为了保护而完全剥夺行为自由),既不符合未成年人意思能力的渐进成长规律,又未充分考虑到对成年人人格的尊重。这种制度已完全落伍于当代人权观念,亟待依新理念予以重构。^[38]

第二,对所有权概念所作界定,所有权自由观念过强,对所有权负有社会义务缺乏一般性规定。所有权受法律限制的一般性规定,是近现代所有权制度的基本要求,它不仅是私法上所有权制度适应社会变迁的调适机制,又是公法介入私法的重要管道之一,像法国、德国、瑞士等国范式的民法典无不对此作出明确规定。然而,《物权法》承袭《民法通则》第 71 条的规定,把所有权定义为,所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利,未对其应受法律限制作出例外规定。由于《宪法》未对所有权伴有社会义务作出一般性规定,所以其他法律对所有权所作限制性规定,事实上缺乏必要的法律基础。

第三,对如何规制格式条款缺乏系统规定。格式条款的规制涉及格式条款的订入、解释、实质公平性、格式之战等系列问题。我国《合同法》对此仅作了非常有限的概括规定(第 39 条至第 41 条)。

第四,对强制缔约问题缺乏一般性规定。强制缔约现象在现代社会越来越多,我国现行法仅对此作了极其有限的规定,《合同法》有必要对分散的强制缔约规定进行概括总结,抽象出关于强制缔约的一般规定。^[39]

第五,在建筑物区分所有权制度中,对“将住宅改变为经营性用房”限制过松(《物权法》第

[37] 关于动产物权和不动产物权信赖保护机制的差异,参见朱广新:“不动产适用善意取得制度的限度”,《法学研究》2009 年第 4 期。

[38] 参见朱广新:“民事行为能力类型化的局限性及其克服”,《法学评论》2014 年第 1 期;陈苇、李欣:“私法自治、国家义务与社会责任——成年监护制度的立法趋势与中国启示”,《学术界》2012 年第 1 期。

[39] 参见易军、宁红丽:“强制缔约制度研究——兼论近现代民法的嬗变与革新”,《法学家》2003 年第 3 期。

77条),根本无法保护区分所有建筑物中大多数业主的居住利益。

第六,《侵权责任法》第32条沿袭《民法通则》第133条的规定,不使无民事行为能力人、限制民事行为能力人为自己给他人造成的损害承担独立侵权责任,在无民事行为能力人、限制民事行为能力人保护上,明显过分。对于未成年人而言,这种制度既十分不利于培养自我负责的担当意识,又不利于充分发展独立人格。

上述诸种情形说明,我们民法虽然接受了社会均衡原则尤其是弱者保护原则,但在很多方面并没有处理好其与私法自治之间的内在联系。私法自治是民法的根基,是民法最为本原的内涵。社会均衡主要为防止对私法上的人作纯粹形式性理解,防止以社会利益或其他多数人的利益为代价追求个人利益,以舒缓私法自治的极端性,或弥补私法自治的弊端。

(四)小结

现代民法建构于以私法自治为核心的多种法律原则之上。^[40]由于自由与安全、个人利益与社会利益之间具有必然的内在关联,信赖保护、社会均衡是民法不可或缺的基本原则。理解这些原则的地位及它们之间的内在关联,不仅直接决定着对民法内涵及功能的理解,而且决定着对民法双重体系的认识。私法自治是民法最基本的原则,尽管受到越来越多的限制,但其中心地位至今并未被动摇。同样适用于交易行为的信赖保护,虽然也立足于个人本位,但其主要是想通过维护交易安全以使私法自治得到更加积极的施展。具有实现实质正义功效的社会均衡原则,主要是为了克服私法自治所可能产生的流弊,防止个人自由主义所可能产生的不利于人自身的极端后果。

于经济体制不同转型阶段的实际需求渐次发展起来的我国民法,根本不可能从民法内在体系出发,对各个单行民法作出理性思考。由此造成这样的后果:同一法律原则在不同单行民法中具有明显不同的地位或规范强度;即使像私法自治这样的基本原则,在制度构造时,也缺乏一致性对待;对各个原则之间相互作用的关联状况缺乏系统思考。

三、民法的外在体系:残缺、重复、混乱

如前所言,民法的外在体系是指民法的一般性概念之间的逻辑关系。当民法以民法典作为形式载体时,由于民法典被视为私法的基本法,民法的外在体系通常指法典的外部体系及法典所用抽象、概括概念之间的逻辑关系。

我国民法至今主要由四个阶位的法源组成:一是具有基本法地位的单行民法或部门民法,依制定时间,这些法律主要包括:《婚姻法》(1980年)、《商标法》(1982年)、《专利法》(1984年)、《继承法》(1985年)、《民法通则》(1986年)、《著作权法》(1990年)、《收养法》(1991年)、《担保法》(1995年)、《合同法》(1999年)、《农村土地承包法》(2002年)、《物权法》(2007年)、《侵

[40] 德国法学家拉伦茨指出,“虽然私法自治原则在《德国民法典》中处于中心地位,但仅仅从私法自治原则本身出发,还无法理解《德国民法典》的合同法。同样,单独从信赖原则或合同中的均衡与公平原则的角度出发,也无法把握合同法的本质。只有从这些原则的共同作用中,才能正确地理解合同法”。(德)卡尔·拉伦茨,见前注[26],页63-64。

权责任法》(2009年)、《涉外民事法律关系适用法》(2010年)等。二是行政性法律中的民法规范,如《土地管理法》(1986年)、《产品质量法》(1993年)、《消费者权益保护法》(1993年)、《城市房地产管理法》(1994年)、《拍卖法》(1996年)、《食品安全法》(2009年)等法律中存在的民法规范。三是行政法规中的民法规定,如《国内航空运输旅客身体损害赔偿暂行规定》(1989年)、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990年)等行政法规中的民法规范。四是最高人民法院对民事法律作出的众多司法解释,如《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)》(1988年)、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(法释〔2001〕7号)、《最高人民法院关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2010〕5号)、《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)等。由上不难看出,即使从传统民法的角度看,我国民事实证法明显法出多门。这造成民法的外在体系极其繁杂、凌乱。

以下主要对以《民法通则》为统帅的民事单行法及其他民法规范构成的民法外在体系所存在的突出问题予以分析,由最高人民法院所作民法司法解释所引起的民法体系化问题,下文单独予以探讨。总的看来,我国现行民法的外在体系在由部门民法组合而成的整体层面与单一部门民法的个体层面皆存在突出的体系性瑕疵。

(一)部门民法之组合体的体系性问题

由于缺乏统一的民法,我国民法乃由以《民法通则》为中心的单行民事基本法(部门民法)组合而成,而行政性法律和行政法规中的民法规范大多属于以民事基本法为基点的民事特别法,它们的状况(法律的质量与规范的完备性)通常只会影响到民法体系的支脉,而不可能伤及民法的主干。民法的外在体系主要由部门民法之组合体所勾勒,反言之,部门民法之组合体的体系状况实则决定着民法的外在体系状况。由于我国民法典应采取何种编纂体制至今尚无定论,分析民法的外在体系问题时,目前也许以2002年12月23日经最高立法机关初审的《中华人民共和国民法(草案)》作为评价基础较为适宜。这部民法草案虽然明显有些拼凑色彩,但所采纳的总分结构、各编所采编纂概念及一系列抽象度不同的概括概念,与现行“散列”的部门民法的概念体系几乎完全一致。整体而言,现行民法的外在体系存在如下突出缺陷:

1. 规范缺失

依法律规范在法律规范脉络中的影响力或辐射范围,规范缺失可区分为一般性规范缺失与特别规范缺失。前者是指一些在法律体系中可发挥总则性功能的法律规范,完全没有创制出来,使立法呈现明显的漏缺;后者是指一些章节中不具有体系辐射力的具体制度,明显没有制定出来,使立法出现微小漏洞。在此主要探讨一般性规范缺失状况。

由2002年民法草案看,我国民法在整体上最为明显的规范缺失是,未为债法确立一般性规则,即债法总则。无论从规范事实还是依规范内容看,债法是现代民法最为错综复杂的支系,为了将各种不同类型的债整合为具有统一性的法律体系,大陆法系各国或地区的民法典大多在民法典之债编首先设立债法总则。依规范功能讲,债法总则的地位在有些国家仅次于民法总则(如《德国民法典》、《日本民法典》),在有些国家地位甚至比民法总则还要重要,因为立法者仅为债法设立总则,而根本不设民法总则(如《瑞士民法典》)。不设债法总则,是明显的规

范漏洞,这一看法得到民法学界绝大多数人的认同。^[41] 债法总则涉及如下内容:

(1) 债之标的,它至少包括如下内容:标的的范围、种类之债、货币之债、选择之债、损失赔偿之债等。我国现行债法仅对违约损失赔偿、侵权损失赔偿、缔约损害赔偿等分别作出了规定,其他内容基本上一片空白。就损害赔偿制度而言,有必要由各类损失赔偿制度抽象出一般性规则,至于应如何实施此项工作,有待研究,但完全可以确知的是,损益相抵、与有过失应作为一般规则予以规定。^[42]

(2) 债之效力,包括对内、对外两方面的效力。对外效力,主要是指债的保全制度,即代位权与撤销权。现行法仅在《合同法》第73—75条中对由合同产生的债权的保全作出了规定。^[43] 合同之债的对外效力,还包括利他合同。《合同法》(第64条)对此仅作了相当简单的规定。关于债之对内效力,现行法同样缺乏一般性规定,尤其是缺乏归责原则的一般性规定。《合同法》总则编只是对合同的效力从积极、消极两方面作了一般性规定。

(3) 多数债务人与债权人,目前仅《民法通则》第86、87条对此作了非常抽象的规定。

(4) 当事人的变更。涉及债权让与、债务承担、合并等多项制度。《合同法》第五章仅以合同为限对此作出了规定。

(5) 债之消灭。涉及清偿、提存、抵销、免除、混同等制度,《合同法》第六章对后四项有明确规定,关于清偿制度,仅《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)》(法释〔2009〕5号)第23、24条对清偿抵充有明确规定。

总的看来,具有债法总则性质的法律规范多集中在《合同法》总则编,这种状况使一些人武断地认为,债法总则主要是合同法总则,我国民法典无需设立债法总则。^[44] 由于合同法在现代债法中具有举足轻重的地位,这一说法事实上有其合理性,但从法典编纂的角度上讲,上述观点是危险的、误导人的,因为主导债法之结构体系的不是问题之重要性,或者法律规范的实际适用范围,而是实现民法法典化目标所必须依赖的以法律规范之可能适用为取向的体系性思维。

2. 规范重复

通常所言规范重复或重复性规定,主要是指两种法律对同一法定构成事实作出不太一致的规定。例如,对于代理,《合同法》第402、403条作了完全不同于《民法通则》第四章第二节(代理)的规定;关于监护人责任,《侵权责任法》第32条作了稍微不同于《民法通则》第133条的规定。除立法者想以新法完全取代旧法外,重复性规定会严重破坏法律的体系性、统一性,并制造一系列法律解释、适用难题。

[41] 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4期;王利明:“债权总则在我国民法典中的地位及其体系”,《社会科学战线》2009年7期;崔建远:“中国债法的现状与未来”,《法律科学》2013年1期;孙宪忠,见前注〔3〕,等等。

[42] 在我国现行法中,仅《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30、31条对买卖合同违约损失赔偿中的与有过失、损益相抵规则作出了规定。

[43] 《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(一)》(法释〔1999〕19号)、《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)》(法释〔2009〕5号)作出了更具体的解释。

[44] 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5期。

除存在上述规范重复问题外,我国民法还存在两种重复性规定:第一,同一效力阶位的法律对相同事项先后作出相似规定,如《物权法》与《侵权责任法》对侵害物权的侵权责任分别作出规定;第二,一部法律(新法)完全将另一部法律(旧法)中的法律条文照搬过来,或者稍作文字性改动地将另一部法律中的条文沿用过来。这突出表现在《物权法》与《农村土地承包法》、《担保法》、《城市房地产管理法》之间以及《侵权责任法》与一些行政性法律中的民法规范之间。以下着重分析第二种重复性规定。

《物权法》是确立物权种类及其内容的基本法,其所采各种物权概念及这些概念之间的逻辑关系,基本决定了我国物权法的体系。由于在《物权法》制定之前,《民法通则》、《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《担保法》、《农村土地承包法》等法律已对所有权、用益物权及担保物权作出明确规定,并由此大致建立了我国的物权法体系,故而,《物权法》之制定应承担整理、改造旧物权、创设新类型物权并进而构造统一的物权法体系的重任。然而,在立法经验主义思维主导下,《物权法》的立法者明显守成有余、创新不足。除了对问题突出的既有法作出修改并对立法空缺作出适当填补之外,其基本上照搬或沿用了旧法的规定。这在《物权法》第十一章关于土地承包经营权的专门规定上表现尤甚。该章除四条(第128、130、131、133条)明确作出引用《农村土地承包法》的引用性规定外,其余七条中有四条(124、126、127、129条)重复了《农村土地承包法》的规定(1、2、3、20、22、23、38条)。由此造成的问题是:既然《物权法》无意修改《农村土地承包法》的既有规定,为何不完全采用引用性规定,以避免重复性立法?《农村土地承包法》关于土地承包经营权的实体法规范甚为详细,《物权法》为何仅引用或照搬一部分规定,其他未被涉及的规定,在法律适用上是应视为废止还是一如既往地有效?如果应继续适用,《物权法》的重复性规定、引用性规定,难道不是完全多此一举?总之,这些问题为法律的解释、适用制造了许多不应该发生的难题。

《物权法》第十二章关于建设用地使用权的规定,除个别条文(如第136、142、149条)有所创新外,其余条款大多重复了《土地管理法》、《城市房地产管理法》的规定。^[45]由于《物权法》对建设用地使用权的规定不仅非常概括,而且存在明显的规范漏缺,^[46]这在体系上难免造成如下后果:关于使用国有土地或集体所有土地的用益物权,我国现行法实际上至少存在两种法律概念,即建设用地使用权、土地使用权。此种立法状况明显会损害法律的统一性、权威性。

《物权法》第四编关于担保物权的规定,很多条款也重复了《担保法》的规定。^[47]有研究认为,关于担保物权的规定,《物权法》除动产浮动抵押、最高额质押、转质权等制度上有所创新外,大部分法条与《担保法》大同小异,许多法条还是原封照搬,有时把原来的一个法条拆成两个法条,有时又把原来的几个法条合成一个法条。^[48]《侵权责任法》第五章至第十一章关于特殊侵权责任的具体规定,也大多从像《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《道路交通安全法》、

[45] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版。

[46] 对该建设用地使用权的期限、消灭以及其后果没有作出规定。参见孙宪忠主编:《中国物权法:原理释义和立法解读》,经济管理出版社2008年版,页380—387。

[47] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注[45]。

[48] 参见洪学军:“物权法对担保法的补充与修改”,《人民司法》(应用)2007年第11期。

《环境保护法》、《放射性污染防治法》、《民用航空法》、《电力法》、《铁路法》之类的法律中抄袭而来。^[49]

重复性规定的一再发生说明,我国民事立法的经验主义思维,已转化为一种因循守旧的顽疾。只要已有法律、行政法规甚至是部门规章对某一问题开有处方,且该处方不存在明显的缺陷,立法机构十有八九会以“总结立法经验”为名,直接或稍作修改地把这些处方移到新法中。在他们看来,立法重复似乎根本不值得一提。在此观念主导下,立法者不仅没有心思去探讨诸如民事基本法与民事特别法、一般民法规则与特别民法规则之间的体系关联之类的问题,而且无意顾及法律的体系性,只是按照问题之重要性,从既有规定中选择一些在他们看来比较值得规定的规范。这在《物权法》第十一、十二章关于土地承包经营权、建设用地使用权的规定中表现得尤其突出。

3. 概念混乱、不一致

概念始终保持一致,是法律体系形成的基本要求。也许是受问题性思维影响之故,我国现行部门民法之间在概念使用上明显较为混乱,这既表现为同一概念具有不同含义,又表现为对同一规范意义使用不同的概念。以下以《合同法》与《物权法》为基础试举几例。其一,对于变更概念,《合同法》第三章与第五章则分别在两种意义上使用了它;其二,对于损害赔偿问题,《合同法》则有时使用损害赔偿概念,有时使用损失赔偿概念;其三,对于法律主体,《合同法》使用了自然人、法人、其他组织的概念,而《物权法》则使用了国家、集体、私人、企业法人、社会团体等概念;其四,对于债务清偿制度,《合同法》使用履行概念,而《物权法》时而使用清偿概念,时而使用履行概念;其五,对于权利的客体或标的物,《合同法》主要使用“财产”概念,而《物权法》时而使用“不动产和动产”用语,时而使用“财产”概念。

(二) 部门民法的体系性问题

部门民法,即以《民法通则》为统帅的民事单行法。由它们几乎完全一致采取的总则一分则的法条编制体例看,^[50]这些法律在制定上无不采纳了现代法典编纂技术。相对于作为统一民法的民法典,它们完全可以称为部门民法典或次级法典。由这些法律的总分结构和编纂概念看,追求体系性或系统性应是它们留给人们的最大印象。然而,无论是制定于1980年的《民法通则》还是其后20年间先后制定的《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》,这些法律在外在体系上无不存在如下明显缺陷:

1. 总则性规定的名实不符

总则性规定是法典最为倚重的立法技术,是法律的外在体系得以形成的基本方法。它旨在消除法律肌体的重复或冗赘,使法律的外在结构简洁明快、刚劲有力。我国现行民事单行法虽然自1980年至2000年间普遍采用了总则性规定的立法技术,但由《合同法》和《物权法》对这种立法技术的使用看,立法者其实并未真正掌握它。由法律的编章结构可明显看出,《合同

[49] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国侵权责任法:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版。

[50] 除了《民法通则》第一章被命名为“基本原则”、《侵权责任法》第一章被称为“一般规定外”,《婚姻法》、《继承法》、《担保法》的第一章皆称为“总则”,《合同法》则采纳了总则一分则的结构,《物权法》的第一编称为“总则”。

法》、《物权法》在编纂技术上皆采取了“双重抽象”的立法技术，即从具体法律规范（分则）中提出总则性规定（大总则）之后，再从总则性规定中提取一般规定（小总则）的方法。然而，仔细分析可知，无论是大总则还是小总则皆名实不符。

《合同法》总则编首章所设“一般规定”，从体系上应属旨在统领总则编其余各章的总则性规定。但是，对该章八条规定进行逐一分析可知，除第2条之外，其余7条无论依总则性立法技术看，还是根据其规范意旨看，皆无法担当总则性规定的重任。造成这种情况的一个重要原因可能是：立法者太过于注重法律的外部体系，而对每一个法律条文所应承担的规范功能缺乏应有研究。^{〔51〕}

《物权法》除于第一编设置总则外，第二至第四编的所有权、用益物权、担保物权编，皆设置了“一般性规定”。这种编章编排及命名方式使《物权法》的外在体系比其他任何一部民事单行法看起来都更为井然有序。然而，只要对这些小总则稍加了解，即可确知，所谓“一般性规定”，实质上是一些非常具体的杂项规定，如所有权编的“一般规定”对征收、征用制度的特别规定，用益物权编的“一般规定”对海域使用权、探矿权、采矿权、取水权等准物权的概括规定。^{〔52〕}

2. 众多制度残缺不全

外在体系是一般性概念或抽象法律制度之间的结构性关联。但是，概括概念或抽象制度必须以特别概念或具体制度作为支撑点，如果缺少了这些林林总总的特别概念或具体制度，外在体系同样会呈现出这样或那样的罅隙。受立法经验主义所主导，偏重于问题性思维的立法者，由于主要将时下自己意识到的问题作为规范对象，不愿对某一问题作深入、系统的体系性思考，故而，在设立某一一般性概念或抽象制度时，常常有意或无意地遗漏一些被他们视为当下不值得规定或不应规定的制度。这种故意或非故意遗漏，使一部穿着法典外衣的民事单行法布满了星星点点的破洞。

该问题在《物权法》上体现得尤其显著，例如，总则编未规定物权的混同制度，不动产登记制度遗漏了不动产物权的推定制度，“所有权取得的特别规定”未规定时效取得、无主物先占，等等。

3. 规范重复

如果仅限于某一部门民法，现行民法在外在体系上还存在另一种规范重复，即在对某一事项已经作出一般性规定的情况下，同一法律对该项规范之下的某一具体事项再作出同样的规定。按照普遍遵守的立法准则，只有存在特别规定的必要时，同一法律才对同一规范事项之内的某一具体事项再作特别或例外规定。然而，由《物权法》的一些规定看，立法者显然未正确应用好一般规则与特别规定的立法技术，对一些问题作出了实在不应该发生的重复性规定。例如，关于不动产登记，《物权法》总则编确立了如下一般性规则：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外（第9条第1款）。在此情况下，《物权法》的用益物权编除对土地承包经营权、地役权的变动作出特别规定

〔51〕 参见朱广新：“现代民法典的基本编纂技术——以《合同法》为分析对象”，载（意）桑德罗·斯奇巴尼、徐涤宇主编：《罗马法与共同法》，第一辑，法律出版社2012年版，页266—276。

〔52〕 参见朱广新：“论《物权法》他物权编小总则之设置”，《法学评论》2009年第4期。

外,还对建设用地使用权的设定作了如下规定(第139条第1、2句):设立建设用地使用权的,应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。该规定显然不属于改变第9条的一般性规定的特别规定,其完全可以省略。再如,在《物权法》第42条对不动产征收已作一般性规定的情况下,其用益物权编对用益物权、建设用地适用权的征收又作出抽象度较低的重复性规定。

就上述两种重复性规定而言,其产生缘由,一定程度上在与立法者在创立一般性规定的新规则时,既没有对旧规定作出批判性反思,又忽视了新旧规定之间的体系关联,而直接将旧规则“总结”进了新法。

4. 体系架构落伍

我国现行民事法律是随经济体制转型及由此决定的社会结构、社会观念的转变而在近三十年间渐进制定出来的。本来,依社会意识与社会存在之间的辩证关系,在新经济体制、新时代观念之下制定的法律,在立法理念和方法上应当有所超越,然而,在立法经验主义的强大影响下,立法者明显更依赖对既有立法和审判经验的总结,而向外吸收、借鉴的东西并不像宣讲的那样多。这造成新法不仅具有强烈的旧法气息,而且也大多保留着几分旧法的外貌。《合同法》关于违约(不履行)的规范结构体系可看作此方面的一个代表。

以当今具有重要影响的一些合同法文本,如《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》、《欧洲合同法原则》及2002年修订的德国新债法看,以统一的不履行概念为基础,对不履行的救济措施,即拒绝履行、解除合同、实际履行、损害赔偿、减价等,予以统一规定,乃是一种受到普遍认可的规范方式。《合同法》之制定虽然参考域外法制,但在规范违约救济问题时,其主要沿用了我国上世纪80年代制定的三部合同法的做法,只是在具体制度上对外有所借鉴。

具体而言,《合同法》对违约概念作狭隘理解,以“违约责任”为章名(第七章)对预期违约、实际履行、损害赔偿、违约金、违约的法定抗辩事由(不可抗力)等作了集中规定;以履行而不是不履行为基础,将拒绝履行、中止履行(即同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权)等由不履行或预期不能履行引起的法律救济问题,规定在了第四章(合同的履行);以解除合同会产生合同权利义务终止的后果为理由,将作为一种重要违约救济权的合同解除规定在第六章(合同的权利义务终止)。这种将本来具有高度体系性的违约救济规范群切割成三个部分予以规定的做法,不但妨碍了人们对合同不履行制度的便宜理解,而且破坏了法律规范之间的和谐,如《合同法》第69条关于合同解除的规定,明显与第94条第2项存在体系冲突。

5. 概念体系不合时宜

立法观念的狭隘、陈旧,使《合同法》在违约救济体系重构上错失了一次良机。在现行民法中,还有一些在上世纪80年代经济体制和法律观念之上制定的规范体系,因缺乏重构的机会而至今仍有效存在着。《民法通则》中未被新法取代的部分即是如此,这其中尤以第三章、第四章关于法人、民事法律行为和代理的规定为甚。受计划经济体制下所有制观念的影响,《民法通则》以不同所有制的企业法人为中心,构造了企业法人、机关、事业单位和社会团体法人的概念体系。这种法人制度不仅未区分私法人与公法人,而且严重遗漏了私法人制度中的财团

法人。这种立法模式已严重落伍于我国现行经济体制和法律观念,根本无法满足现实需要。^[53]

《民法通则》在法律规定行为制度时所创造的概念体系,即由民事行为、民事法律行为、无效的民事行为、可变更或撤销的民事行为所构成的体系,从内在精神和外在体系两方面几乎完全扭曲了法律行为制度。二十多年来,学者由此引发的批评性研究成果,数不胜数。^[54]然而,立法者至今似乎并无决意变革的意思。

四、经验主义立法的肿瘤:庞杂、失序的司法解释

经验主义立法自然难以应对新情况、新问题及以不重要或时机不成熟为由被有意过滤掉的问题。千里之堤,毁于蚁穴。法律疏漏和瑕疵像一个个蚁穴那样,不及时防堵,随时有可能使坚固的法律之堤溃口。我国民法时刻面临着修改、完善的紧迫需要。

根据《立法法》第7条,制定和修改民事基本法的立法权限由全国人民代表大会享有,在全国人民代表大会闭会期间,全国人民代表大会常务委员会有权对全国人民代表大会制定的民事基本法进行部分补充和修改。然而,尽管我国现行民法自始就存在明确的规范缺失或瑕疵,而且近三十年来规范缺失或瑕疵随法律的快速扩展而越积越多,但全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会至今从未行使过一次修改、完善法律的权限。

最高立法机关的立法不作为,使时刻面临法律纠纷解决压力的法院在法律适用上陷入法律短缺困境。为应对最高立法机关的立法不作为所带来的统一适用法律难题,最高人民法院依据《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》(1981年)、^[55]《中华人民共和国人民法院组织法》(1980年施行,2006年作最新修改),^[56]自1980年代始即开始通过发布法律解释舒缓法律与现实之间的紧张关系。

自2000年7月起施行的《立法法》虽然再次明确了法律解释权限的归属,但仅就民事法律而言,最高人民法院发布的司法解释不是减少了,而是数量和规模皆远超以往。以对《合同法》所作司法解释为例,自1999年至今,最高人民法院针对《合同法》的总则、买卖合同、租赁合同、融资租赁合同、建设过程施工合同、技术合同等已发布至少7种司法解释,这些法律解释的总条文规模超过《合同法》条文的二分之一,其中对买卖合同所作解释在条文上与《合同法》的规定大体相当,对技术合同所作解释的规模超过《合同法》的规定,关于融资租赁的解释规模接近于《合同法》规

[53] 参见蔡立东:“法人分类模式的立法选择”,《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第1期;王利明:“市场主体法律制度的改革与完善”,《中国高校社会科学》2014年第4期。

[54] 例如,申卫星:“对民事法律行为的重新思考”,《吉林大学社会科学学报》1995年第6期;高在敏、陈涛:“对民事法律行为本质合法说的质疑”,《法律科学(西北政法学院学报)》1996年第1期;高在敏、陈涛:“论法律行为的合法与本质——对民事法律行为本质合法说质疑之二”,《法律科学(西北政法学院学报)》1998年第5期;易军:“私人自治与法律行为”,《现代法学》2005年第3期;薛军,见前注[30];朱庆育:“法律行为概念疏证”,《中外法学》2008年第3期。

[55] 该决议规定,“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释”。

[56] 该法第32条,“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题,进行解释”。

定的两倍。不难想象,按如此势头发展下去,对《合同法》所作解释的总规模不会小于《合同法》的规定。事实若果真如此,司法解释将成为我国民法体系中数量最为庞大的支系,^[57]现有民事单行法在审判实践中将被最高人民法院的司法解释所解构。显然,相比于欧陆一些国家发生的“法典解构”现象,我国民事法律将因司法解释而产生独特的“法律解构”问题。

显而易见,为维护法律的统一性、权威性,有必要对日益膨胀的司法解释作出深刻反省。古人云:扬汤止沸,不如釜底抽薪。司法解释主要根源于经验主义立法不可避免的法律粗疏、欠缺、抵牾等,欲去除司法解释之弊,应当从完善立法、建立科学有序的民法体系着手,而通向科学有序的民法体系的最佳路径,由世界成文法国家或地区的立法经验看,毫无疑问是编纂民法典。^[58]

也许,在最高人民法院看来,即使编纂了民法典,也不足以解除或削弱其司法解释之权。理由是,凡是法律,皆需要解释。但是,有必要予以深究的是,凡法律解释是否皆应像现今这样由最高人民法院以规范性法律文件的形式制定出来?该问题涉及两个基本问题,这两个问题对于提高编纂民法典的认识,也相当重要。

(一) 司法解释的弊病

凡法律皆需要解释。^[59]法官裁断案件时,必须阐明法律规范的意义或目的,只有这样才可能将芜杂的案件事实条理化并依法作出判断。以此而言,法律解释其实是法律适用的基本要求,对法律(条文)的解释属于对法律必不可少的一种常规理解活动,除非完全超越法律的文义范围,应理所当然地将解释意见看作法律本身,而不应当作为法律之外可以与法律并行甚至能优先于法律适用的有效规则。从这个意义上讲,像立法那样将法律解释意见以条文的形式发布出来,并赋予其法律效力,^[60]非常值得商榷。

不过,也应当清醒地认识到,如果没有科学的解释规则或方法的指导或制约,不同法官可能会对同一法律规范作出不太一致的解釋,并由此对同样或类似事实作出不同判决。这将严重危及法律的统一性、可预见性。就一直比较粗疏的我国民事法律来说,法律解释更是法律适用的寻常现象,如何确保法律解释的科学性、确定性,维护法律适用的一致性,应当说,是审判实践不可忽视的重要问题。

但是,即使是这样也不应当走将法律解释意见固化为一种规范性法律文件的路子,而应当通过提高法官的法律素养、执行案件上诉、申诉制度、加强法律施行监督等措施确保法律的统一适用,因为这样做会导致如下严重弊端:

第一,贬损或消解了立法的权威与智慧。尊重法律是法律解释的基本条件,由最高人民法院作出的司法解释也难例外。然而:

[57] 有研究认为,“民商事立法与最高人民法院的司法解释,构成了当代中国私法进程的两条发展脉络”。柳经纬:“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。

[58] 参见王利明:“中国民事立法体系化之路径”,《法学研究》2008年第6期。

[59] 英国17世纪著名哲学家托马斯·霍布斯认为:“所有的成文法与不成文法都需要解释。”(英)霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,页214。

[60] 最高人民法院制定并发布的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(法发〔2007〕12号)第5条规定:“最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力。”

一部新颁布的法律只经过短时间的适用,便以推理的方式认定其不能满足司法审判应用法律的需要,而只能以相关司法解释帮助其实施,立法者建构法条体系的能力、预设规范功能的能力、确定法律条款内容的能力以及对社会经验吸纳和处理的能力,就被及时出台的司法解释给‘有效力’地消解掉了。^[61]

第二,导致对解释的再解释。司法解释既然是一种具有普遍法律效力的规范性法律文件,那么,法官在将其适用于具体案件事实时,同样会发生如何理解规则的法解释问题。这就像托马斯·霍布斯在《利维坦》中所言,法律规范在表达上所用文字越多,歧义之可能性越大,从而越需要解释。^[62]这也恰如生活常识一再验证的那样,话语越多越容易发生误解。因为语言,尤其日常用语,从来不可能像自然科学概念或词汇那样精确,模糊性是语言的本质属性之一。以生活用语为基础的法律语言,无论如何难以避免因用语模糊性所导致的歧义或误解。因此,对司法解释予以再解释是一种必然会发生的后果。法官在对司法解释予以再解释时,同样难以克服解释的主观性、差异性、不一致性。一些省、直辖市高级人民法院对最高人民法院发布的司法解释作出进一步解释,^[63]以及最高人民法院发布司法解释后旋即出版“司法解释的理解和适用”诠释书,皆属于对司法解释予以再解释的典型例证。以此而言,企图以统一的法律解释保障法律适用的统一性的做法,初衷虽然美好,但手段并不可取,因为它完全违背了人类的理解规律。

第三,消弱法律解释的基本功能。稳定性是法律权威性的基本保障。但凡流芳百世的法律或法典,无不具有历时久长的稳定性,如已逾二百多年的《法国民法典》、一百多年的《德国民法典》。然而,相比于凝固不变的法律,社会问题解决方式或正当化理由则随社会发展、时代变迁而发生变化。如何使法律与社会现实始终联动起来,是保持法律生命力、权威性的关键所在。除了适时地予以修改外,法律解释是赋予法律活力并使其永葆青春的主要、常规的凭借。法官可以通过法律解释把当下的国家政策要求、市民的价值趋向及社会的伦理观念输入到法律之中,使法律的血气始终与社会的发展相应和,并使判决具有与新时代观念、价值相适应的正当性。

然而,作为规范性法律文件的司法解释,为维护其权威性、普遍性,不得不像法律那样维护自身的稳定性。如此一来,法律解释在沟通、调适法律与社会之关系上所发挥的重要媒介作用,基本上被剥夺殆尽。《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(法发[2007]12号)虽然提到了司法解释的修改、废止问题,但由于其1988年1月26日发布的《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)》一直适用至今的情况看,如果司法解释的规定没有被新法完全替代,从而使一部司法解释完全丧失存在价值,司法解释的修改的可能性,至少在当前情况下极其微小。

[61] 陈甦:“司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例”,《法学研究》2012年第2期。

[62] 参见霍布斯,见前注[59],页214。

[63] 如《四川省高级人民法院贯彻执行〈最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释〉的意见》(川高法[2002]118号)、《广东省高级人民法院关于民商事审判适用〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉的指导意见》(粤高法[2003]200号)、《上海市高级人民法院〈关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答一〉》(沪高法民一[2004]25号)等。

第四,违背法律解释的基本操作方法。司法解释实质上是由最高人民法院统一作出的法律解释。既然属于法律解释,那么理所当然应遵守法律解释的基本操作方法:①应当尊重法律的规定,不得以解释为名,僭越法律,为自己创设规则;②法律解释不是对法律的笼统、概括的解释,而是在法律适用过程中将特定案件事实适用于特定法律规定时,对所援用法律规定或规范的具体解释;③法律解释应当遵守已得到普遍认可的法律解释方法,即文义解释、体系解释、历史解释、目的解释等,并将文义解释作为根本出发点;④法律解释是通过阐明法律规定而正当化判决的重要手段,解释意见及其形成理由必须作出有理有据的阐发,不可抽象、概括地予以表达。

依上而言,最高人民法院自上世纪80年代至今发布的各种民事司法解释,几乎皆未完全遵循法律解释的基本操作方法。除少数司法解释条文明确指出被解释的法律条文外,绝大多数司法解释条文像法律或行政法规那样,只是确立了抽象的裁判规则。由于全部司法解释皆不对解释意见作出任何阐述或说明,因此,也很难看出司法解释意见的得出是否遵守了得到普遍承认的法律解释方法。司法过程的基本特点是,法官必须为判决的正当性作出令人信服的解释或说明。无任何理由的司法解释,显然有违司法过程的性质。

第五,超越最高人民法院的基本职能。根据《宪法》和《人民法院组织法》,在国家结构体系和人民法院的组织体系中,最高人民法院的基本职能是,监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作、审判案件及对在审判过程中如何具体适用法律、法令作出解释。然而,由司法解释的上述四种缺陷看,作为最高审判机关的最高人民法院明显已超越本职工作,使自己像最高国家权力机关、最高国家行政机关那样拥有了创制规范性法律文件的权力。^[64]在此情况下,由法官必须遵守法律所形成的立法与司法之间的制约关系,已荡然无存。^[65]这不可避免地会产生裁判者(法官)为自己制定规则的“怪状”,私权由此也潜藏着被普遍的权力侵犯的可能性。

(二) 司法解释的实像

背离法律解释常理、常规及最高人民法院基本职能的司法解释,事实上发挥着弥补法律漏洞、确立民事裁判规则的准立法功能。^[66]很多司法解释实际上更类似于法律实施细则,而一些司法解释条文完全是为了创制新规则。《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(法发〔2007〕12号)第27条所作“司法解释施行后,人民法院作为裁判依据的,应当在司法文书中援引”的规定,直言不讳地指明了这一点。如前所言,司法解释实际上是最高人民法院为应对经验主义立法和最高立法机关的立法不作为所导致的法律规范粗疏或短缺所采取的一种应急措施。令人遗憾的是,由于各方面的原因,这种严重违宪的应急措施很长一段时间以来已经成为被最高立法机关默许甚至赞同的一种“正常”做法。因此,从我国民事法律的实然状况或法源类型看,庞杂且日益膨胀的民事司法解释绝对不能忽视,鉴于最高人民法院在全国法院系统的

[64] 有研究认为,最高人民法院因享有广泛的法律解释权而成为除全国人大及其常委会和国务院以外的“第三立法部门”。参见袁明圣:“司法解释‘立法化’现象探微”,《法商研究》2003年第2期。

[65] 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(法发〔2007〕12号)仅确立了司法解释报送全国人民代表大会常务委员会备案的制度(第26条)。

[66] 参见袁明圣,见前注〔64〕;柳经纬,见前注〔57〕。

巨大影响力,司法解释在民事审判实践中所发挥的作用,更不容小觑。

由法律出版社出版发行的《中华人民共和国最新司法解释全集》(2014)的统计看,现行民事单行法无不带有司法解释,有些法律的司法解释的规模和数量已相当壮观。大致情况是:与《民法通则》相关的司法解释2件;与《婚姻法》相关的司法解释8件,其中3件属于系统性解释;与《继承法》相关的司法解释2件,系统性解释1件;与《合同法》相关的司法解释22件,其中系统性解释3件;与《担保法》相关的司法解释11件,其中系统性解释1件;与《物权法》相关的司法解释2件;《侵权责任法》施行前发布、至今仍然有效的侵权损害赔偿司法解释10件。其中,《民法通则》、《婚姻法》、《继承法》的司法解释条文远远超过法律本身的条文。

相比于民事立法,司法解释在制定思维上更具有浓重的经验主义色彩。其实,由司法解释所内涵的实用性、应急性特征看,经验主义是其根本无法逃避的宿命。另外,由于制定司法解释只是最高人民法院附属于审判的一种职能,且司法解释的制定程序相对简单,司法解释也根本无法像最高立法机关或最高行政机关的立法那样具有广泛的社会公开性和公众参与性。故而,能随法律的施行而很快发布的司法解释,其质量更令人堪忧。

因此,从民事法律的体系化建构的角度看,司法解释比现行民事法律或民法规范更需要清理整顿。从另一个角度讲,为抑制司法解释像目前这样无休止地发展下去,编纂民法典无疑是最值得依赖的选择。

五、结 语

在经验主义立法思维主导下,我国民法不仅在内外体系两方面皆存在相当明显的缺陷,而且在法律适用上生出日益膨胀的司法解释肿瘤。种类繁多、数量巨大的司法解释,已对民事法律构成严重解构之势。民事立法权与审判权之间的界线在这种独特的法律解释趋势下也变得越来越模糊。民事法律的权威性、统一性、明确性进而遭受严峻挑战。我国现行民法的此种现状、怪状,已很难适应由全面深化改革和全面推进依法治国所可能形成的政治国家与市民社会分化的新型政治社会结构。整合现有民事法律、整理现有法律、行政法规中的民法规范、清理林林总总的民事司法解释,编纂民法典,从内外体系两方面将我国民法提升到一个更具科学性、体系性、统一性的新境界,已为大势所趋。

立法者应与时俱进,摒弃细密、完备的法律会束缚人们手脚的陈词滥调,深刻地认识到,私法尤其是民法的意义和价值不是为了制约、管制人,而是为了诱导人们“诚实生活、无害他人、各得其所”。正如20世纪著名哲学家卡尔·波普尔曾言,刑法是必不可少的弊,而民法则是不可或缺的利。^[67] 相比于刑法,民法很大程度上纯粹为国民带来福祉,因为其主导思想是为了使人自在地生活、充分地发展个性,并最终使人得到全面发展。

(责任编辑:薛 军)

[67] 参见(德)克劳斯-威廉·卡纳里斯:“欧洲大陆民法的典型特征”,郑冲译,孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》,法律出版社2003年版,页32。