

主办 / 北京航空航天大学法学院

北航法律评论

■ 主编 / 明辉 李昊

■ 2012年第1辑 (总第3辑)

BEIHANG LAW REVIEW

专题研究I: 民法典编纂的国际新趋势

法典编纂的历史与当代意义 [德] 莱因哈德·齐默尔曼 / 著 朱淼 / 译 魏磊杰 / 校

法典化理念的未來——现行法典下的司法、法学和立法

[德] 卡斯滕·施密特 / 著 温大军 / 译

欧洲损害赔偿法的改革(下篇) 具体问题 [奥] 海尔姆特·库奇奥 / 著 朱岩 / 译

专题研究II: 刑事诉讼法的修改

犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序的若干不足及其补正 吴光升

论文

法律行为在民法典体系中的地位——以意大利法为考察对象 窦海阳

译评

性别与法律: 女权主义法学理论在新现实主义中的作用

[美] 玛莎·阿伯特森·范恩曼 / 著 孙新强 周群 / 译

法律文献

欧洲合同法既有原则 王丽慧 / 译 李昊 周学峰 / 校

法律出版社

主办 / 北京航空航天大学法学院

北航法律评论

■ 主编 / 明辉 李昊

■ 2012年第1辑 (总第3辑)

BEIHANG LAW REVIEW

法律出版社



图书在版编目(CIP)数据

北航法律评论. 2012 年. 第 1 辑: 总第 3 辑 / 明辉,
李昊主编. —北京: 法律出版社, 2012. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3910 - 7

I. ①北… II. ①明… ②李… III. ①法律—文集
IV. ①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 201195 号

北航法律评论
2012 年第 1 辑(总第 3 辑)

明辉 李昊 主编

责任编辑 孙东育
装帧设计 胡欣 汪锋

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2012 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 28.5 字数 487 千

印次 2012 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3910 - 7

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

BEIHANG LAW REVIEW

北航法律评论

学术委员会（以姓氏笔划为序）

龙卫球 刘保玉 孙新强 肖建华 郑显文 赵 明 高全喜 黄锡生

编辑委员会

主 编 明 辉 李 昊

责任编辑 王 锴 孙运梁 毕洪海 李 斌 初殿清 陈 巍 泮伟江
周学峰 高 琦 梁文婷 魏磊杰（特约）

编辑部地址：北京市海淀区学院路37号 邮 编：100191

北京航空航天大学法学院 《北航法律评论》编辑部

Email: bhlawrev@gmail.com

目 录

专题研究 I : 民法典编纂的国际新趋势

民法典编纂的前世与今生(编辑导语) 魏磊杰(3)

专题一:法典化与反法典化

法典编纂的历史与当代意义

..... [德]莱因哈德·齐默尔曼 著 朱 淼 译 魏磊杰 校(13)

法典化理念的未来

——现行法典下的司法、法学和立法

..... [德]卡斯滕·施密特 著 温大军 译(37)

民法典的理念 [意]那塔利诺·伊尔蒂 著 李 飞 译(76)

专题二:欧洲民法典的统一

欧洲损害赔偿法的改革(下篇)具体问题

..... [奥]海尔姆特·库奇奥 著 朱 岩 译(97)

欧洲私法共同参考框架草案:批评性评估

..... [荷]扬·斯密茨 著 姜海峰 译 魏磊杰 校(127)

欧洲服务合同立法的考察 王剑一(137)

专题三:债法改革

德国法上的违约 [德]史蒂芬·洛伦茨 著 王文胜 译(157)

民法(债权关系)修改的意义和课题

..... [日]内田贵 著 翟新丽 译(169)

法国民法现代化的进程与动因 李世刚(181)

日本债权法修改

——以民法第 416 条为中心 翟新丽(190)

从日本债权法修正看表见代理制度中的本人归责要件问题

..... 王 浩(215)

专题研究 II : 刑事诉讼法的修改

犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序的若干

不足及其补正	吴光升(247)
论证人的反对强迫自证其罪权	岳悍惟 文 琳(258)
未成年人相对不起诉污点限制公开初探	曾新华(266)
论侦查实验笔录证据能力的特殊性	初殿清 磨海连(273)
美国琼斯案对我国技术侦查制度构建的启示	郑 曦(283)
论我国刑事逮捕制度的完善	孔 军(291)
论“反对强迫自证其罪”的近代历史演变及新近发展 ——兼谈 2012 年《刑事诉讼法》第 50 条	刘 慧(300)

论文

法律行为在民法典体系中的地位 ——以意大利法为考察对象	窦海阳(315)
试论以批准为生效条件的合同 ——效力待定的视角	陈 克(326)
论德国新型有限责任公司:企业主公司	苏仁再(336)

译评

性别与法律:女权主义法学理论在新现实主义中的作用 [美]玛莎·阿伯特森·范恩曼 著 孙新强 周 群 译	(359)
--	-------

法律文献

欧洲合同法既有原则(Acquis Principles) 王丽慧 译 李 昊 周学峰 校	(383)
欧盟 2009 年机动车责任保险指令 关二娜 译 任自力 校	(424)

民法典专题约稿函

征稿启事

引征体例

专题研究 I：
民法典编纂的国际新趋势

民法典编纂的前世与今生

(编辑导语)

魏磊杰*

虽在 17 世纪之后,“法典”这个词的含义就演变为指代任何与“某一问题相关并声称涵盖该问题全部”的规则集合,但在西方法学史上,真正对“法典”概念的研究始于英国法学家杰里米·边沁(1748~1832 年)。西语中的“法典编纂”(Codification)一词就是由其本人所创。边沁对“法典”的界定对大陆法系的学说产生了重大影响,从 19 世纪开始直到现在很多西方学者对法典编纂的论述大多是建立在其既有界定的基础之上。一般而言,在大陆法系的法律文献中,学者们往往将其与形式意义上的“法律汇编”(consolidation)相区分。意大利学者简玛利亚·阿雅尼认为,从历史上看,尽管两者目标指向不同对象且回应不同的需求,但法典编纂和法律汇编在学术分析中却是相互联系的。“规则是怎样的”,是法典编纂意在回应的需求;而“规则在何处”,则是法律汇编意在回应的需求。而从法律史研究出发,法国学者雷米·卡布里亚克认为法典的“内核”是“进行某种形式化处理之后的法律规范的整体”,法典化因此是“将法律规范进行形式化处理的操作系统”。这一操作同时具有内外两个层面上的要求:就外在而言,法典编纂意味着某种将某一法律部门的原则制度规范进行整合的立法技术;就内在而言,法典编纂应使得所针对的法律部门的规范富有体系性、明确性和内在一致性。

可以说,第一代与第二代的法典编纂大体具有两个基本目的:第一,结束法律破碎化的状态,寻求一种确定性。换言之,目的在于实现一种形式上的统一

* 厦门大学法学院助理教授,法学博士,中南财经政法大学民商法典研究所兼职研究员。

性。政治与军事乃是近代民族国家发展的主要驱动力,这是近代民族国家发展理论的一个几乎不可辩驳的事实。直到19世纪,国家预算的80%~90%皆被用于军事防御。因此,就扩大对地方的控制以汲取财税而言,新兴的中央集权机构对之抱着浓厚的兴趣。鉴于地方权力持有者往往抵制中央集权并试图维持本土的法律与管辖权,所以,私法统一之创设几乎或多或少是民族国家赖以形成之政治斗争的一种副产品。第二,结束因为法律多元而导致同类情形获得不同对待。法律的破碎化最大的危害或许就是造成司法审判的不公正,因为在一个统一的国家中,不同地区的裁判者面临诸多彼此不协调甚至相互抵牾的法律渊源,针对相同或相似的案情而很难做出相同或相似的判决结果。这在实质意义上与法律本身承载的至上价值相悖。而一部统一法典的编纂,则会在很大程度上缓和或解决这个问题,以此,在根本意义上,实现私法规范的确定性、稳定性与公平性。

马克思·韦伯认为,欧洲的法律都具有逻辑性形式理性的特征,实际上此种逻辑性形式理性在私法方面的显著表现就是民法典。大卫·楚贝克将这个概念解释为:“法律思维的理性建立在超越具体问题的合理性之上,形式上达到那么一种程度,法律制度的内在因素是决定性尺度;其逻辑性也达到那么一种程度,法律具体规范和原则被有意识地建造在法学思维的特殊模式里,那种思维富有极高的逻辑系统性,因为只有从预先设定的法律规范或原则的特定逻辑演绎程序里,才能得出对具体问题的判断。”形式理性意味着,法律以其自以为合理的制度形式存在着,但法律本身却不是目的。法律程序和法律规范,只不过是社会的工具,它们与法律内在目的紧密相连。通过诸如《法国民法典》、《德国民法典》等典范民法典编纂进程的历史性考察,我们不难得出此等结论:它们所呈现的形式理性之特性,无不根源于三种思想:政治上的国家实证主义、三权分立的宪政主义以及自然法上的理性主义。一部大而全面,富有系统性、逻辑性的,能够表达其阶级之意愿和声音且可通行万世而不惑的法典,对于国家建立初始急欲彰显自身、巩固并发展政权的统治者而言无疑是具有巨大诱惑力的。

然而,伟大的法典往往都是过去灿烂法律文化之结晶,但是却很难成为孕育应然的未来社会的种子。从19世纪开始(“历史提速的时代”),整个世界渐趋发生了巨大的变化,在政局变动、社会多元、经济一体化、工业和后工业革命的发展以及科技的发达、法律社会化趋势等系列因素的冲击之下,以《法国民法典》、《德国民法典》为代表的民法典面临着可谓内忧外患之形势。一部贯穿统一的法律精神、条文逻辑一致、内在融贯的法典,到了今天,我们看到的可能却是一个对旧条文重新阐释的和加满了新条文的补丁连着补丁的集合体。步入20世纪之后,伴随资本主义社会民主政体的确立和稳固,法团主义运动的勃兴,

在社会团体与公共权力的激烈而艰难的力量博弈之后,要求颁布特别法与特别规则,以达致平衡社会整体的利益分配格局。在这种情形下,民法典这种最具代表性和吸引力的标志连同国家权力渐趋被削减甚至被破坏,在基本制度甚至全部类型的社会关系层面上发生了强度渐强波及范围越广的“逃离民法典”之现象。由此导致的结果便是,“从第二次世界大战以来的历史,将被称为一个‘解法典化的时代’:一个特别法日常性地、深入地扩展自己的领域的时代。伴随着与我们在其中成长和接受教育的法律思维的全面而苦涩的离别,等待我们这一代的可能将是‘向民法典的告别’”(那塔利诺·伊尔蒂语)。

二

可以说,19世纪的民法典大体皆为中央集权和大一统思想的产物,它与契合资本主义早期需要的法律规范技术相联系。然而,伴随经济体制向社会团结协作方向之发展,或者说是国家的社会福利色彩的增加,政治体制向民主方向的发展,法典原先赖以建立的社会与经济基础皆发生了实质性变更,存在的社会基础改变了,建立在其基础之上的民法典面临崩解的危机则是必然之趋势。总而言之,当一般民众不再依赖民法典文本以获得关于其权利和义务的相对明确的表达之时,欧陆意义上的民法典将不可避免地呈现解构化之态势。

对此变革进程,当代著名比较法学家约翰·亨利·梅利曼教授在其名著《大陆法系》中进行了系统描述。他认为,建立在19世纪模式基础上的法律体系在现代大陆法系国家受到多方面的抨击与变革,大陆法系国家目前正发生着基本转型。这种转型一方面表现为民法典作用的衰微以及宪法权威的树立;另一方面则表现为欧洲联邦主义的勃兴。大陆法系国家的此种彼此关联的“解法典化”、“宪法化”以及“联邦化”方向演进的趋势看来已成定局。这种趋势具有重大意义,标志着它将在可预见的将来对大陆法系的发展继续施加影响。其实,不难看出,梅利曼教授所言的两个转型方面恰可完满地概括解法典化现象的四类发生原因。详言之,民法典既有价值预设不敷世事变化之所需,必然造就法典中心位置的式微,而单行立法的膨胀和法官立法的大行其道,更是为弥补此种“余缺”或“失序”而必然出现的现象;可以说,立法至上与柔性宪法乃是相伴而生的概念。然而,晚近以来,伴随刚性宪法在欧陆诸国的渐趋确立,导致法律“中心”地位必然的位移。在这种强大催化物的直接推动下,民法(典)的非宪法化以及基本权利在私法判决中的适用便是自然而然之结果。同时,所有的这一切皆在世界经济一体化和欧洲联邦主义勃兴的大语境下而生,所以,这种演进也必然对所处语境给予必要而充分的因应。由此,“解法典化”、“宪法化”以及“联邦化”三种走势相互交叠、相互作用并在某种程度上频繁相互转化,在实质意义上共同发力改变着大陆法系的传统样态,而作为该法系之集中代表

的民法典当然也无法逃脱这一整体的“公转”进程。

当然,虽然解法典化使得法律变得更加不确定、复杂化与特殊化,虽然法典的编纂可能就意味法典解构的开始,但我们不能由此认为法典已经失去了其应有的价值。诚如那塔利诺·伊尔蒂教授所言:“法学家不能沉湎于过去以寻找慰藉,也不应对观察到这一衰落的人表达悲哀,他有不容推却的‘理解’的义务,以及运用自己所处的时代逻辑,将过去的废墟与未来的微弱与不确定的征兆之间进行重新整理的义务。”意大利学者亚历山德罗·索马主张,法律制度从单一向多元的演进是社会向更为复杂和多元化迈进的必然反映。民法典可以成为不同立法政策的承载者,特别法在民法典之外形成可相对自治的“微系统”并在价值层面上抽空民法典,“并非证明了法典的危机,而是重新表明有必要重新考虑在法典中落实由于政治和经济体制的变迁而导致的社会共同生活的新模式”。详言之,对此种演进,我们所做的回应不应是因噎废食地主张彻底废弃或不采用民法典,而是采用何类方式对民法典(无论新的还是老的)进行重塑以更好地应对解法典化的挑战。发端于20世纪中后期并延及晚期的民法编纂运动在实践中佐证了这一点。

三

如果说1942年《意大利民法典》的制定表现出这种重构化趋势的些微苗头的话,则在“二战”后,这种趋势日渐呈风起云涌之样态(从1949年到1985年,世界上出现37部民法典,年均一部),延至20世纪90年代便渐入佳境,直至掀起世界民法典编纂和修订的“第三次浪潮”,此浪潮直至今日仍就方兴未艾。可以说,这种浪潮肇端于西欧这一大陆法系的起源地,并随即蔓延到中东、南欧、北美、拉美、东亚等大陆法系的传统继受区域,并伴着经济全球化的辐射效应进而影响整个世界的其他地区。

究其法典编纂(重订)的基本动因,大体有以下彼此关联的三类:

其一,区域经济一体化与经济全球化之需要。晚近以来,纵观欧陆诸内国民法典之修正,大体肇因于欧盟消费性商品买卖指令之转化义务。由此,在新的社会情势下,特别在欧洲私法一体化的大背景下,如何协调民法典与消费者法之间的关系,必然成为欧盟大陆法系国家立法者共同面对的问题。德国债法改革以及最终在2002年出台的《德国债法现代化法》、肇始于2003年并正在如火如荼进行的法国债法修订以及于1992年正式出台的《荷兰新民法典》大体皆导源于此。当然,1994年正式生效的《魁北克民法典》大体也是出于类同原因:1993年《北美自由贸易协定》(NAFTA)与1995年《加拿大国内贸易协定》等区域一体化协议之签订所造就的经济市场全球化,客观需要法律协调、统一以及现代化。同样,肇始于2006年的日本债法更新项目,主要目的之一便是已经历

百年沧桑的《日本民法典》更有必要通过修改跟上世界潮流,以求妥善解决因国际交易和国内交易的二元处理而引致的非正当性。

其二,民主化的第三波浪潮之促发。根据塞缪尔·亨廷顿的观点,所谓的“第三波民主化浪潮”是指,在20世纪后期(1974~1990)发生的一次最为重要的全球性政治发展:大约有30个国家由威权政治体制转变到民主政治体制。通过对比不难发现,第三波民主化浪潮的时段似乎恰与第三波民法典编纂(重订)运动契合。其实,两者之间的内在关联似乎不难做如下理解:在转变伊始,这些国家的政治精英们往往倾向于采用一部刚性宪法以将“革命的成果”加以固化,并以之作为国家建设的基本纲领。在宪法至上的政治体制与权力话语下,其本身的改弦更张必然要求作为下位法的民法典做出脱胎换骨式的回应、调整以及重新塑造。基于社会转型所面临的不同政治遗产之差别,可将这一阵营大体细分为以下两组:以巴西为代表的拉美诸国以及以俄罗斯为代表的前社会主义诸国。在民主化浪潮之下,前者所产出的民法典包括《秘鲁新民法典》(1984年)、《巴拉圭新民法典》(1987年)、《阿根廷新民法典草案》(1998年)、《玻利维亚新民法典草案》(1999年)、《墨西哥新民法典》(2000年)、《波多黎各民法典草案》(2003年)以及《巴西新民法典》(2003年)等。

在前苏联国家,苏联解体与东欧剧变为广大前社会主义国家的民法典重订提供了动力,因为稳定的市场经济秩序必然需要相对健全的民法典来捍卫和维护,而原有的计划经济色彩浓厚的、规定简略单薄的民法典根本不敷形势所需,重订民法典势在必行。肇始于20世纪90年代中期,这一集团诸国的民法法典化运动大体在随后的十年内完成,它们分别是:(1)《拉脱维亚民法典》(1993年);(2)《俄罗斯联邦民法典》(1994~2006年);(3)《哈萨克斯坦民法典》(1994年);(4)《乌兹别克斯坦民法典》(1995~1996年);(5)《吉尔吉斯斯坦民法典》(1996年);(6)《格鲁吉亚民法典》(1997年);(7)《亚美尼亚民法典》(1998年);(8)《白俄罗斯民法典》(1998年);(9)《土库曼斯坦民法典》(1999年);(10)《塔吉克斯坦民法典》(1999年);(11)《阿塞拜疆民法典》(1999年);(12)《立陶宛民法典》(2000年);(13)《爱沙尼亚民法典》(2002年);(14)《摩尔多瓦民法典》(2002年)以及(15)《乌克兰民法典》(2004年)。鉴于这一区域法典编纂的广泛性对整个大陆法系的重大影响,德国学者罗尔夫·克尼佩尔将此现象誉为“法典编纂理念的文艺复兴”。

在中东与南欧,在意大利和荷兰法律专家的帮助下,阿尔巴尼亚于1994年11月1日颁行了自己的新民法典。匈牙利于1998年通过决议开始起草新民法典,取代1959年旧法典的一部崭新的民法典已于2010年5月1日正式生效。在荷兰和魁北克法律专家的帮助下,罗马尼亚于2004年公布新民法典草案,以此为基础,一部崭新的《罗马尼亚新民法典》已于2011年10月1日正式生效。

另外,超过3000条的《捷克新民法典》也在2011年11月9日获得捷克议会下院通过,有望在获得议会上院通过后,定于2014年正式生效。

在东亚与东南亚,蒙古虽非原苏联加盟共和国,但由于历史继受与特殊地缘政治的原因,该国无法摆脱这一地区民法法典化的“公转”进程:其于1994年颁布了后社会主义时代的第一部民法典,然仅在七年之后,却在德国专家援助下,于2002年颁布了一部崭新的《蒙古国民民法典》。与蒙古的情形大体类似,越南于1995年颁行了一部民法典,并于2005年对其进行了重大修订,以至于可称其为一部崭新的民法典。在日本学者的技术援助下,柬埔寨王国于2002年公布了新民法典草案,并在该草案基础上于2011年12月22日正式通过一部《柬埔寨王国民民法典》,并由此成为迄今为止世界上最为崭新的一部民法典。

其三,民族国家(共同体)之认同使然。20世纪90年代初,苏东剧变,以两大阵营划分世界的格局寿终正寝,彼此各自坚持的意识形态由此丧失了理论与实践意义。然而,当代世界却出现了两种截然相反的趋势:一是全球化加速,民族与国家的界限逐渐消融(如欧盟);二是民族主义趁势而起,呼啸登台。当前,属于西班牙的加泰罗尼亚地区和属于英国的苏格兰正在分别起草的《加泰罗尼亚民法典》与《苏格兰民法典》正是此种民族主义思潮高扬的集中体现。在他们看来,与本民族的语言一样,一部民法典乃是本民族最为重要的文化产物之一,是民族认同最为基础的构成元素之一。以加泰罗尼亚为例,在传统意义上,编纂一部属于本民族的法典,乃是对马德里政府强制他们适用统一的《西班牙民法典》予以抗拒的一种集中体现。当然,法典本身被视作一种民族主义意识形态符号的做法,在晚近以来的编纂史上并不少见。《德国民民法典》就曾被视作承载了整个德意志的民族精神与民族期待,1896年德皇批准公布法典的日期恰为纪念法德战争中一场著名战役周年的爱国日。法典生效之际,《德国法学家杂志》更是刊登了题为“一个民族、一个帝国、一部法律”的装饰封面,而将法典定在1900年1月1日生效的象征意义更是明显:这是德国人值得自豪的“世纪之作”。从政治认同这个角度推演,其实当下欧盟意图推动的《欧洲民法典》项目,其终极出发点大体也是如此。在1989年和1994年,欧洲议会先后两次公开支持欧洲民法典。在1999年10月芬兰坦佩雷会议上,欧盟理事会对此种提议表达支持的态度。然而,创设一部欧洲民法典的诉求似乎并非纯粹为了满足任何急迫的实践需要,而大体只是将欧洲民法典视作实现欧洲认同的一种手段使然。质言之,《欧洲民法典》及其先导2009年正式出版的《共同参考框架草案》(DCFR),皆可能被欧盟官方与学者视作一种欧洲民族主义(Euro-nationalism)的象征。

诚如匈牙利著名法学家Csaba Varga在其名著《作为一种社会历史现象的法典编纂》一书中强调指出的那样:“法典编纂是一种如此复杂的历史现象,以

至于只能通过追溯其一些基本的变种方可才能对其进行描述,而绝无法对其进行彻底的分类。”有鉴于此,上述的分类仅是基于一种静态的家族相似性而进行了一种粗线条的勾勒,而实际上的图景远非如此的简单。以处于后苏联时代的中东欧诸国为例,伴随欧盟的持续东扩,这些国家的民法典编纂实际上同时受到了民主化与欧洲一体化双重因素的冲击。

四

针对大陆法系私法演进的总体趋势,苏永钦教授在其《私法自治中的国家强制》一书的起首这样语重心长地写道:“如果把我们的法律体系当成一个社区从上空俯瞰,民法典就会像一个典雅的中古城堡,立法进入眼帘。城墙上高竖‘私法自治’的大旗,迎风招展。夹处于鳞次栉比、风格各异的现代建筑中,显得十分不协调。但来到社区近观,却只见穿着入时的人们在古堡和公寓大厦间进进出出,全无障碍。原来城堡还是城堡,只是功能已经不同。外观的不协调,并不影响建筑之间动线的流畅。堡内长伴黄卷青灯的僧侣,还在激烈争辩一些亘古的难题,其实只要走出城堡,看看社区居民的真实生活,也许很多问题根本不是问题。”斯如此言,晚近以来,近乎波及整个大陆法系的方兴未艾的法典重订运动对传统民法典进行了契合时代的改造甚至再造,使其历久弥坚,一如既往地继续担当起私法秩序的宏观调控工具。虽然民法典的这个“古老城堡”的外壳并未有多大的更改,然而却在潜移默化中发生了实质层面上的功能转移,而其中最为显著的表现即为崭新的民法典从传统上立法者主导的法律形式理性渐趋朝向立法者与司法者(甚至包括学者)共同掌控的法律实质理性的转化,而整体的法典编纂理念则日趋呈现向开放性、实用性方向不断演进之态势。

可以说,这些乃是“后法典化”时代法典编纂必然呈现的共同特征与基本走势,然而同样也必然会对身处“前法典化”的国家造成重大影响甚至冲击。伴着经济全球化与一体化整体步伐的加剧,这些国家大体将必然面临着共时性与历时性的社会、经济与政治问题。而欲求在短时期内实现突破,必然需要利用“后发优势”在充分借鉴与吸收的基础之上完善自身的软硬实力,在国际多元竞争中谋得一席之地。具体到当下我国的民法典编纂而言,至少从乐观的应然立法论层面考量,也可完全适用相同的移植策略。那么,当下我国民法典编纂如何适应大陆法系的法典编纂基本走向并利用“后发优势”实现某种可能的超越?

建议一:法典的重构绝非对分散在外的民事法律规范的简单集合,而是要对民法典和多个包含了调整民事社会关系的其他特别法典或是单行的特别法之间重新分工、重新整合,并进行合理化、系统化的重新配置。更确切地说,法学家的的工作就是在民法典和其他专业(特别)法典、单行法之间确定普通私法与

特别法的各自范畴:新民法典应对个人权利与家庭规则进行详尽地规定,同时规定物权、合同、侵权责任的基本规则,保持其私法领域普通法的基础作用,而形态各异各类具体的权利、义务和责任的内容则可留给特别法典或特别单行法调整。

那么,在法典编纂之时,如何处理民法典与具体某类规范的关系?可以说,是否将某类规范融入民法典之中,取决于在具体情形下成本与收益的权衡。有时,当代立法或类似法律渊源至少能够确保自身中等程度的稳定性,由此可以不需修订很多即可融入法典。在这种情形下,完全可以采用这种方式更新民法典,因为可耗费有限之成本获得不菲之收益。在其他情形下,政治性或技术性立法往往易于发生频繁变更或若非更改法典基本原理或结构就无法被融入法典之中,在这种情形下,更为明智的做法是将这类立法保留在法典之外,因为由此所获之实用价值往往是以丧失更多的长期稳定和系统秩序作为代价来达到的。苏永钦教授认为,《德国民法典》的真正出类拔萃之处在于其概念体系的精密与逻辑,以及高度抽离于任何特别的领域或公共政策考虑,从而成功地打造足以承载所有“特别法”的民法基础结构。考虑到当前所处的转型时期,考虑到以往立法往往将某种政策性考量纳入具体民事立法之中试图短程地缓和社会矛盾之惯性做法(“依法治国”的工具主义性格),此种认知颇堪借鉴,亦应成为处理民法典与部门民法之关系的基本准则。

建议二:比较法研究的存在无疑会使得国内法律实证主义显得褊狭,并对实证法所主张的内在视角以及与其相连的笃信国内法足以提供所有正确解决方法的认识提出挑战。晚近以来,以荷兰、魁北克为代表的很多国家或地区在法典重构过程中,大规模地采用比较法方面的经验和先进做法,在对国内既有法律实证主义予以冲击之同时,又迎来诸层次的法律文化因素的相互混合与交互影响。可以说,这是经济全球化时代法典编纂的一个必然趋势。具体到我国当下的法典编纂实践,伴随着《婚姻法》(1980年)、《继承法》(1985年)、《收养法》(1991年)、《合同法》(1999年)、《物权法》(2007年)、《侵权责任法》(2009年)、《涉外民事关系法律适用法》(2010年)的陆续出台,不难看出,立法者似乎潜在地践行着一种“组装”思维意欲以此成就一部统一的民法典。然无论立法者最终采用此种“回填地基”之做法抑或彻底地“重起炉灶”,借助后发优势采取法律移植策略,当应是节约成本实现“青出于蓝而胜于蓝”之超越效果的不二选择。有鉴于此,针对当下所涉问题,可做如下调整:弱化以德国法系为唯一继受法源的传统做法,至少秉持一种兼听则明的吸纳态度,应将视角放得更宽一些,兼收并蓄,放眼全球,吸纳一切法域的先进做法和制度,在进行契合本土情形的调试之后,融入法典文本之中。当然,如能抛却民族文化主义之褊狭,效法俄罗斯等国之做法,接纳系统的域外技术援助(法律起草与法律实施),则可望

成就更佳之效果。考虑到当下现状,拉丁法系甚至英美法系的优良做法颇值深入耕耘并进行契合国情的继受与移植。当然,具体之践行在很大程度上基本仍需取决于影响或主导法典编纂之人的学术背景与学术抱负。同时,对于比较法资源的充分与全面的借鉴必然依托于学术界强大与成熟的比较法研究,这是问题的根本。所以,加强在这方面专业法律人才的多元化培养,更是根本中的根本。当前最急需要做的或许就是做好对诸多崭新典范民法典、比较法经典著述的大量引介、系统梳理与深入研究工作,以为民法典出台之后的解释与实施奠定坚实基础。

建议三:可以说,在方兴未艾的法典重构过程中,上述身处“后法典时代”诸法域采用的崭新编纂理念和新颖规范,对于仍处在“前法典时代”的我国而言,大体似乎皆为“超前”的做法。那么,对于这些做法,我国在未来民法典编纂过程中到底应当采用何种继受或因应策略?鉴于这些立法的超前性,而不适合当下现实国情而就绝对地加以排斥或拒绝?针对类似问题,民国时期著名法学家王伯琦先生在其所著的《超前立法的出路》一文中给出了回答。他认为:“……新的法律原则虽可由立法者随时制订,但是否发生确切的效力,那就要看社会大众的意识上是否能普遍接受了。不过这并不是说立法工作必须跟随在社会大众意识的后面。历史法学派之所谓法律是长成的,无可创造,就其现阶段的现象而言,固属真理,但现阶段的所谓非长成的或创造的法律,假以时日,亦未始不能在社会大众的意识上生根,而长成而开花结果。我们的行为规范,虽不是立法者可以制造的,但立法者制成的法律,对于社会大众的意识,确有莫大的启示作用,从而足以加速其意识之成熟”。在肯定超前立法具有“莫大的启示作用”之后,他得出如此切中肯綮的结论:“所以早熟的立法,在其一时的效力方面,或许要打些折扣,但在启迪人民意识方面,却有极大的作用。我们不妨称之为‘法教’”。换言之,他认为,超前的或早熟的立法,虽然因不契合当时的国情、政情或民情而可能在继受初期遭遇水土不服之问题,但却能潜移默化地起到启迪民众意识的“教化”作用,而且从长期来看,这种作用对于法律的长成更具深远意义。从这种异于学界一般论调的观点判断,法律继受和移植的情形是一种极端复杂的社会现象,对于法制后进国家而言,单纯地否定或肯定某种策略或做法都可能失之偏颇。当然,具体到当下正在进行的我国民法典编纂,窃以为,在编纂过程中,尽可能摆脱保守的传统立法观念,发挥后进优势,充分吸纳域外诸国和地区法典重构的先进经验,成就一部形式完美甚至有些超前的民法典,应为明智且现实之选择。如过分考量既有的功能不彰的司法体制而趋于立法上的保守,那么最终可能导致得不偿失的后果。唯须此等之果敢与魄力,最终成就的《中华人民共和国民法典》似乎才可望在方兴未艾的第三波法典编纂浪潮中站上浪头,独领风骚。