

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明

Discussion on
Civil Code of China

中国民法典争鸣

赵万一卷



赵万一 著



厦门大学出版社 | 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS | 全国百佳图书出版单位

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明
执行主编 柳经纬

中国民法典争鸣

赵万一卷

赵万一 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典争鸣. 赵万一卷/赵万一著. —厦门: 厦门大学出版社, 2018. 2
ISBN 978-7-5615-6568-1

I. ①中… II. ①赵… III. ①民法-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 151484 号

出 版 人 郑文礼
策划编辑 施高翔
责任编辑 甘世恒
装帧设计 李夏凌
技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门集大印刷厂

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 18.5
字数 410 千字
版次 2018 年 2 月第 1 版
印次 2018 年 2 月第 1 次印刷
定价 102.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

总序

民法典被誉为“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法，是保护公民权利的宣言书，也是解决民商事纠纷的基本依据。编纂民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题，保障创新、协调、绿色、开放、共享的“五大发展理念”的落实，推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化，为全面深化改革、全面依法治国、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦奠定坚实的制度基础。

我国民法典编纂始于清末民初对大陆法系国家民法典的继受（移植），标志性的成果是1929年至1931年间颁行的“中华民国民法典”。1949年9月，中国人民政治协商会议第一次会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》明确宣布废除国民党的“六法全书”。从20世纪50年代开始，我国历经四次民法典起草，即50年代中期（1956—1958）、60年代前期（1962—1964）、70年代末至80年代初（1979—1982）以及21世纪之初（2002）。然而，由于社会经济条件不成熟以及理论准备不充分等原因，四次起草均半途而废，民法典成为我国法律体系的一大缺失。2014年10月23日，中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出了“编纂民法典”的立法任务，加快了民法典编纂的进程，这是我国民事立法的一个重要里程碑。

步入21世纪的中国正处在一个重要的历史阶段。我们要制定的民法典是21世纪的民法典，必须要回应21世纪的时代需要，彰显21世纪的时代特征。如果说1804年的《法国民法典》是19世纪风车水磨时代民法典的代表，1900年的《德国民法典》是工业化社会民法典的代表，今天我们要制定的民法典应当成为21世纪互联网、高科技时代的民法典的代表，这样我们就必须充分反映时代精神和时代特征，真正体现法典与时俱进的品格。进入21世纪以来，互联网技术、人工智能、生物技术的发展，全球化的生态环境保护，人类社会面临着前所未有的问题。民法作为社会生活的百科全书，无法回避人类社会发展的新问题。

我们要制定的民法典必须立足于中国国情，向世人展示我们依法治国的新形象 and 我国法制文明的新高度。在全面依法治国的新时期，这部民法典应当吸收我国立法、司法和理论研究的成果，总结法治建设经验，真正成为一部具有中国特色的、屹立于世界民法之林的法典。我们要制定的民法典必须反映改革成

果、推进并引领改革进程。改革开放的伟大实践,创立了一条中国特色社会主义的发展道路,这是一条不同于其他法典化国家或地区的发展道路。民法典作为时代精神和民族精神的立法表达,不能忽视这样一个特殊的社会经济条件。但如何充分反映中国特色社会主义这一社会经济条件,是我们所面临着的前所未有的问题。民法典的编纂,应当凝聚改革的共识,确认改革的成果,为进一步改革提供依据,从而推动改革进程,引领改革发展,实现国家治理体系和治理能力的现代化。

从民法法典化的历史来看,我国民法典编纂所面临的新问题是其他已经法典化的国家或地区所未曾有过的,这也决定了我国民法典编纂问题的复杂性和难度。编纂这样一部民法典,不只是立法机关的任务,也是民法学界的任务。民法典编纂所面临的问题,需要民法学者认真进行深入的研究,积极提供有力的理论支持。成就一部伟大的民法典,是我国民法学界几代人的夙愿。早在20世纪50年代,老一辈民法学者就以极大的热情投入民法典的起草工作。改革开放以来,随着法学教育和学术研究的恢复,民法学者围绕着民商事立法和民法典编纂问题进行了广泛而深入的研究,取得了丰硕的成果,也为民商事立法提供了有力的理论支持。从民法通则到合同法、物权法、继承法、婚姻法(修订)、侵权责任法,从公司法、合伙企业法、个人独资企业法到保险法、证券法、信托法等商事特别法,民法学者都做出了积极的理论贡献。尤其是进入21世纪以来,民法学者围绕着民法典编纂问题,掀起了一波民法典理论研究热潮,民法典研究成为我国民法学乃至新时期法学研究一道亮丽的风景线。

当前,民法典编纂工作正在进行,在许多问题上尚未达成共识,又有许多新的问题尚待研究。民法典编纂仍需全体民法学人持续地努力。值此之际,厦门大学出版社组织出版“中国民法典争鸣系列”丛书,诸位学者将他们多年来民法典研究的心得汇集出版。这对于促进我国民法典的学术研究,无疑具有重要的理论价值。我坚信,无论民法学者的研究成果是否被立法机关所采纳,但其对于推进我国民法典的编纂工作都将起到积极的作用,他们的研究无愧于这个时代。

让我们为编纂一部新时代的民法典而努力奋斗!

中国民法学研究会会长 王利明

2017年5月26日

前言：中国需要一部什么样的民法典

在中国民法典的编纂被写入《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》之后，这一工作事实上已经超越了单纯的法律汇编和文本加工而蝶变为一种凝聚法治理念，弘扬法治精神，强化法律威权的重大国家政治行为。因此，如何最大限度地凝聚社会共识，科学提取能够造福于大多数人利益的规则公约数，并使基于这一要求而制定的民法典既能引领世界民事立法的发展趋势，又能最大限度地实现民法的固有价值，这既是我国作为世界第一大人力资源提供者和第二大经济体对世界法律文明应尽的义务和责任，同时也是践行公平、正义、民主、自由等人类共同至理价值的必然要求。

150年前的英国哲人梅因在其传世名著《古代法》中曾有一个精辟论断：刑法和民法在一国法律体系中的比重，直接决定了该国文明程度的高低。因此刑法规制范围的克制和缩限，民法适用空间的扩拓和张扬，不但是法律制度演进的必然归宿，同时也是人类文明进步的必然结果。从这种意义上说，民法典的制定对一国法制建设来说无论怎样评价其意义都不为过。但另一方面我们也不能不清醒地看到，民法相对于其他法律来说固然非常重要，但绝不是可以布雨露于万物，救生民于水火的全能神祇。每个法律都是整个法律体系中的一个组成部分，法律也不过是社会管理手段的诸多选项之一而已；每个法律都有其无可罔替的使命和职责；每个法律也都有自己界域清晰的适用范围和调整对象；每个法律都有自己独特的价值标靶和制胜要诀；每个法律也都有自己力所不逮的命门和软肋。法律不是万能的，民法更不可能是包打天下的万能神器。尽管民法应当并且能够统摄整个私法制度，但一部容量有限的民法典不应当而且事实上也无法包揽所有私法之内容。换言之，民法固然是私法的核心，是私法中的基本法，但这并不意味着民法可以担负起调整所有个人和个人之间以平等自决为基础的法律关系之重任，也不意味着民法典能够完全涵盖所有的物质性的和非物质性的市场交易关系。笔者一直认为，民法应定位于公民身份的确认法和公民权利的保障法，民法的主要作用也仅在于为公民的基本生存提供法律保障，充分满足人的尊严感，努力助推人的全面发展和自我意志与健全人格的全面升华。在这种语义下，民法典绝不是一些冷冰冰的条文堆砌，它既是人类生

活经验的总结，同时也是引导人类趋善避恶的坚矛利器。这里的善主要表现为对人的生命和意志的尊重，强调人的价值、人的尊严是唯一真理和最高价值。民事立法的目的也并非在于限制人的自由，压制人的生存空间，而是在于充分保障人的权利，通过消弭束缚人性解放的不合理身份限制和不公平人格歧视，努力使人活得更有尊严，更有价值。

要理解民法的真谛，就必须了解民法的历史及其传承，了解影响民法进步的本因和基础元素。纵观各国特别是西方发达国家的民法发达史我们不难发现，民法既是人类文化的重要组成部分，同时也是人类文明（特别是制度文明）的主要记载者，是社会传统的重要承继者。民法的发展势态和呈现性状不仅表现为制度的进化和规则的演变，更多反映的是社会制度的优化、社会观念的嬗变和社会传统的承继与改良。30多年前在中国发起的经济体制改革运动，不但将现代中国社会深深打上了现代化的烙印，而且将现代法治理念引入了我们的生活。时至今日，民法制度对中国国民性的塑造和对国民行为选择所产生的深刻影响恐怕已是一个不争的事实。但民法所体现的独特精神和价值并没有得到社会的普遍承认，民法对社会道德的引领功能也没有得到有效发挥。因此中国民法典制定的目的绝非是简单地填补法律体系上的缺失和空白，更重要的还是利用民法典自身的丰厚文化基因和强大辐射功能，提振中国的法治文化和法治精神。因此未来将要颁行的民法典一定要成为洋溢人性美德和人文关怀的先进文化的代表，其基本规定必须与公众对法律的理解和预期保持高度的一致性。质言之，民法是精神的贵族，因此其灵魂深处应满含贵族的精神、贵族的气质、贵族的骨气和贵族的气派。同时，民法又是生活中的平民，因此其权利与行为的抽象与归纳和规则的具体设计应契合民众的生老病死，衣食住行，世故情欲，喜怒哀乐。相反，如果在民法典的编纂中忽视了民法的这种独特价值追求，或是从根本上违背了法律的人性基础，那么在此基础上制定的法律也将失却民法中最具意义的价值引领和法治精神凝聚功能，这样的民法典也将沦落为徒具法典外壳的法律僵尸。此外，如果我们过于注重对外国法律的移植，过分追求法律的体系性和技术性而使民法具体规则的设计超出社会公众的理解能力或预期畛域，其结果必然会受到社会公众的普遍抵制。这样的民法典不仅不可能成为引领社会发展方向的有代表性的民法典，而且甚至可能成为阻碍社会进步和人文主义复兴的藩篱和桎梏。

按照笔者的理解，典型意义的民法典并不是一种简单的文本设计，而是一种理念、一种精神、一种文化，是抽象提炼的一些适用于所有社会主体的带有基

础性的普适性规则。凝聚其间的是破障消芜，除弊兴善，引入以大道，启人以大智的“葵花宝典”，而非琐屑事务定章立制的淫巧奇技。民法典应是公民权利的圣经，是公民基本行为的路引与航标，是一国民族精神和民族文化的体现和升华，是国家现代法治的主要载体。因此民法典的制定必须有明确的法律精神、法律理念和法律价值作支撑。成功的民法典一方面要求民法的基本理念应当具有涵摄制度整体功能的意蕴，另一方面要求民法典中的所有内容应该前后连贯且与民法的基本原则、基本价值和基本理念保持高度一致性。民法典的内容应以基本性、人本性、普遍性、典型性、重大性、稳定性和代表性等核心法则作为设定条件。为此首先要明确民法的价值定位，找准民法在整个法律体系中的位置；同时应最大限度地纯化民法典的内容，将不具有基本性、代表性、普遍性的内容摒除在民法典的体系之外。不仅如此，民法典的结构和内容绝非外来制度的简单嫁接、杂糅和拼装，而应是一国民族精神和民族文化的体现和升华，也就是萨维尼所说的法律如同民族的语言那样，应该而且也只能是民族精神的浓缩和发散。因为只有最具民族化情怀的民法典才是最有生命力的民法典；也只有独具特色的民法典，才有可能成为具有标杆意义的民法典。

作为笔者长期坚持的观点之一，笔者一直反对民法典是市场经济基本法的说法。如果非要和基本法挂钩的话，我们可以说民法是公民权利的基本法，甚至可以说是商品经济的基本法，但唯独不能说是市场经济的基本法，因为只有商法才有可能真正承担起调整市场经济关系的重任。按照笔者的理解，正是在基本价值取向上对公平结果的孜孜追求，才铸就了民法的独特价值旨趣，并据此划定了与以效益为导向的商法制度进行有效界分的价值鸿沟。民法赖以形成的以内心感知和良心确认为依托，充满道德皈依感和民族传统痕迹的伦理性规则设计，与商法所尊崇的以效益为导向的技术性、机械性、文义性的复杂规则设计之间形成强烈的视角对比和机制反差。民法典是净化人类心灵的道德过滤器，而不是计量财富多寡的点钞机。即使是在财产领域，民法的作用界域也仅局限于对现有财产归属关系的肯认和满足人类生存基本物质条件的保障，其本身并不负有创造社会财富的历史性重任。因此民法应当而且也必须与市场经济保持适当的距离，甚至在某种程度上说民法典的设计理念和设计内容应与市场经济恪守必要的隔离要求。相反，如果民法和市场经济之间保持过分紧密联系的话，那么市场经济中的逐利性染色体就会肆无忌惮地吞噬民法所固有的人文主义和人本主义领地，市场经济的自利性魔障将会蒙蔽我们的良善本性，民法规则中流淌的将不再是充满人性关怀的道德血液，而是赤裸裸的利益质子。换

句话说，民法因具有高贵的血统，所以应具有高贵的品行和超凡脱俗的优雅气质。理想样态的民法应当是孤傲冷艳的圣女，至少应当是端庄淑雅、冰清玉洁的大家闺秀，而不是匍匐在国家政治权力脚下卑贱的婢女，更不是搔首弄姿，唯利是图的风尘女子。质言之，民法的作用效用并不在于为市场经济提供运行规则，而在于通过其所特有的人文性、道德性、抽象性、本源性的理念、原则和规则，对充满逐利性、吸附性、销蚀性和扩张性的市场经济活动进行必要的谦抑和疏导，以防止肆虐漫溢的市场经济洪流冲垮我们的秩序，摧毁我们的道德，甚至侵蚀我们的灵魂。按照笔者的理解，民法的主要作用机理一方面在于恪守民本主义的底线，用充满人文主义思想的自由意志和自治性规则对抗国家强权的欺凌，同时划定政府不能介入市民生活的边界，以防止政府权力对个人财产权利和人身权利的肆意侵害；另一方面则是高举人本主义思想的大旗，以充满人性关怀的伦理性规则抗拒市场经济的侵蚀，尽量减少市场经济的逐利性要求对人伦关系特别是对婚姻家庭关系、继承关系、人身关系的异质性渗入，从而在奉等价交换为圭臬的市场经济红尘之中，打造一方公序良俗优先的人世净土。进一步言之，如果说道德感是人类区别于动物的试金石的话，那么价值导向正确且完备合理的民法制度则是区分野蛮社会和文明社会的标志性制度载体。因此，一部不以人性为基础而以利益为导向的民法规则集合体，在缺乏道德的敬畏教化和宗教的强力约束的状态下，会自动把所有的社会主体都统统驱赶至尔虞我诈、唯利是图的利益角斗场，其结果将会严重撕裂人与人之间特别是家庭成员之间的脉脉温情，整个社会也将会因此而陷入物欲横流的魔界地狱。这是我国民事立法应竭力避免的理念歧路和规则陷阱，也是笔者一直极力呼吁的理性立法的价值要旨和制度旨归。

从社会文化学的角度来说，人类既可以通过感官接触来理解物质世界，更应当通过精神映射和文化反哺来改造物质世界。民法典文化作为一种文化积淀，只有当它深入人的心髓，并演化为社会大众的一种无意识自觉行为时，这种文化才能真正成为一种成熟的文化样态，也才能真正对改造我们的世界起到无可替代的推动作用。笔者期待在未来民法文化高度发达的昌盛文明社会，人们闲聊时将不会再关注明星的新闻八卦，也不会把宣泄对社会的不满作为闲谈的调味佐料，那时的人们见面时常说的一句话可能是：让我们来聊一聊民法典吧！

让我们共同期待这一天的早日到来并为之而努力奋斗！

目录



第一编 民法总则与民法典基础理论编	1
中国民法典编纂中应处理好的几个关系	3
中国民法典制定的应然与实然	11
民法基本原则怎样在民法总则中做出准确表达	25
信用权制度在我国民法典中的地位	51
第二编 民法典与宪法关系编	63
民法典编纂如何处理与宪法的关系	65
对有关民法与宪法关系争议问题的澄清与驳议	86
再论民法典与宪法的关系	97
第三编 民法典与近邻法律关系编	113
民商法价值取向差异对我国民法典编纂的影响	115
民法典编纂中的民法商法化与商法民法化问题	129
民法典编纂中如何处理与商法的关系	137
民法典编纂中如何处理与婚姻家庭法的关系	159
民法典编纂中如何处理与知识产权法的关系	182
民法典编纂中如何处理与经济法的关系	203
第四编 民事主体制度编	219
民事主体制度的范式演进对我国民法典制定的影响	221
民法典中如何重构我国的民事主体制度	232
第五编 民法分则编	247
冷静而理性地看待物权法中的争议	249
如何准确厘定国家所有权在物权法中的特殊地位	257
不作为侵权的民法典表达方式	267
后 记	281

第一编

民法总则与民法典基础理论编





中国民法典编纂中应处理好的几个关系^①

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》特别指出“加强市场法律制度建设,编纂民法典”。作为实现中国梦的必要举措,编纂民法典既是完善社会主义法律体系的基本要求,也是践行社会主义核心价值观的重要手段。同时我们也应当清醒地看到:民法典的编纂并不是一个简单的法律条文的设计过程,而是一个重大的国家政治行为,担负完善国家法治体系、实现国家繁荣富强的历史使命。因此,在民法典立法工作已经实质启动的背景下,如何最大限度地凝聚社会共识,科学提取能够造福于大多数人的最大规则公约数,是立法部门和理论工作者必须慎重思考并妥善解决的基础命题。为实现这一基础命题所指向的目标,我国民法典编纂过程中应当着力处理好以下八个方面的关系。

一、时代性与稳定性的关系

德国著名政治经济学家和社会学家马克斯·韦伯曾提出见解,认为法律驱动着经济活动,法律规则质量越好,经济表现越好。但不容忽视的是,经济的活跃程度远远高于法律的活跃程度,市场实践中的创新往往推动着法律的前进。随着高新科技和信息网络的快速发展,传统民法所赖以产生和延续的市民社会基础已不可同日而语,社会功能急剧分化,社会结构更加复杂,这种根本性的社会基础变革对新时代背景下编纂的民法典提出了全新的要求。民法典必须能够代表 21 世纪的发展趋势,以整合性的市民社会观来适应分散性的社会结构,以个体性的规则设计论来适应耦合性的社会关系。唯有如此,民法典才能通过充分反映社会发展的时代特征及其现实需求,为经济前行保驾护航。

但是,仅具时代性的民法典未必能够引起社会的共鸣。因为一部制定良好的法律,至少应当是一部相对稳定的法律,很难想象缺乏内在延续性的法律可以获得社会的普遍认同。纵观世界各国立法成功典范,无论是法国民法典还是德国民法典,其之所以能够长久不衰,根本原因就在于制度设计的合理性和内容的普适性。肇端于简单商品经济时代的民法制度之所以能在现代后工业社会依然具有强大生命力,其主要原因在于连接古代社会、近代

^① 本文系与赵吟博士合作完成的作品,原标题为《民法典编纂应处理好八个关系》,发表在《人民司法·应用》2015 年第 21 期。

社会和现代社会间有相同的制度基础,这个共同制度基础就是商品经济。正是基于商品经济的一些内生性要求才产生了最基本的民法制度。按照马克思的说法:“民法不过是所有制发展的一定阶段,即生产发展的一定阶段的表现。”^①我国民法典的编纂同样需要考虑规范内容的历史积淀和规则技术的普遍认识,必须把满足人的基本需要和商品经济的需要作为民法典制度设计的基础。诚如德国著名民法学者卡尔·拉伦茨所言,民法调整那些原则上每一个“市民”都可参与的法律关系,它是关系到全体人的法。民法典不是单纯的文本规定,而是抽象提炼的一些适用于所有社会主体的带有基础性的普适规则,其实施结果会使社会主体基于法律规范的要求而从事的行为升华为人们的一种习惯性选择并最终固化为一种生活方式。为了使基本生活方式不至于因经济社会的日新月异而随时改变,民法典应当还原其私法一般法的属性,以市场经济前置性法律的地位自居,为社会主体参与经济活动提供主体资格和行为能力方面的基础和条件。换言之,民法典应坚守人本主义,与物本主义的市场经济保持适当的距离,将诸如营业等无法创设出相应规则的领域交由私法特别法来调整,通过划定边界来实现持续调整功能所要求的法律稳定性。

二、国际性与民族性的关系

在经济全球化的浪潮中,法律制度的竞争已经不限于特定领域内,而是拓展至世界范围内的竞争。各国在法律领域的沟通交流日益频繁,相互之间的制度借鉴普遍存在。之所以如此,是因为各国需要寻找一种法律制度共识,通过在本国立法中落实该种共识,达到提升制度竞争力、增强制度辐射力的目的。有鉴于此,民法典必须具有一定的国际视野,这既是人类文化遗产的必然结果,也是产生制度影响力的必然要求。民法典的编纂必须充分借鉴国外民事立法在价值理念和立法技术层面的先进经验,必须充分考虑国外的立法例和国外的民法实践经验,必须符合制度设计上的国际共识要求。

追寻国际共识固然重要,但这并不否认民法典应当体现民族精神的论断。早在德国民法典制定之初,著名民法学者萨维尼就在《论立法与法理学的当代使命》一书中深刻阐明了法律来源于民族精神的观点,认为只有在细致考察法律的发源之后,人们才能创设一部公正对待民族特性的综合性法典。民族精神是一个民族在长期历史发展中形成的群体意识、风貌和特征,是一个民族集体人格的体现和其区别于其他民族的精神特质的总和。各国民法典之所以在编纂体例和编纂内容上表现出巨大的差异,很大程度上是因为作为民法典制定基础的民族精神存在重大的差异。不同的民族精神显现出不可替代的独特发展轨迹,同时显现出不可通约的精神特征。正因如此,法国民法典只有在充斥浪漫精神的法国才能产生,而逻辑严密、结构谨严、概念烦琐的德国民法典也只有在以抽象思维见长的德国才能出现。当然,民族精神中也具有一定的普世性内容,由此决定世界各国民法典内容的可借鉴性和可

^① 马克思,哲学的贫困[M]//马克思,恩格斯,马克思恩格斯全集:第4卷.北京:人民出版社,1958:87.

承继性。为了使引进的制度能够适应本国的经济社会土壤,我国在编纂民法典的过程中必须清醒地认识到不同国家在经济发展水平、社会习惯、社会传统等方面的差异,以充分尊重本国的民族精神、风俗习惯和道德传统为基础,适当借鉴发达国家的法律规定,通过最大限度地融合我国法律与国际条约、惯例和发达国家的法律规定,实现法治精神与法治环境的同步吸收。

三、技术性与观念性的关系

民法典作为人类理性思想的典型代表,无疑是立法技术登峰造极的产物。从法典形式的角度来讲,民法典的技术风格主要表现为三种:一是以德国民法典为代表的抽象体系,规则的编排遵循由抽象到具体的结构逻辑。二是以普鲁士邦法为代表的详尽体系,以面面俱到的法律调整为特色。三是采取折中立场的弹性体系,对于抽象性规范说明裁决的考量因素及其权重。无论采取哪一种形式,各国民法典的编纂皆以构建一个逻辑自然且用语规范的规则体系为目标。我国民法典的编纂亦不例外,必须强调技术性,注重民法规范的严密性。考虑到抽象体系存在不确定的风险,而详尽体系又难获适应性,因此我国民法典的编纂选取折中立场为宜。一方面,民法规范的内容应尽可能地全面详尽,不存在明显的规则疏漏,同时内容必须明确肯定,造句用词贴切准确,不存在含义模糊和可能引起误解的词句。另一方面,民法典又必须为经济社会的发展留足空间,将未能预见的和变数较多的事项交由法官在抽象性规范的指引下自由裁量,借此保持法典的长久生命力。

除了技术层面的要求外,民法典的长久生命力还有赖于观念层面的引导和推进。与其他一些法律部门如商法、诉讼法、国际法等主要体现为制度和规则的集合体不同,民法更多蕴含的是一种法律意识,体现的是以公平、自治、诚信为核心的法治精神和法律文化。而作为民法制度和理念集大成的民法典则既是人类文化的重要组成部分,同时也是人类文明(特别是制度文明)的主要记载者。即便是以概念法学闻名于世的德国民法典,其精巧设计的制度中仍然弥漫着浓厚的人文主义气息。法律程序和法律规范在此只不过是社会的工具,它们与法律内在的目的有着紧密联系。这足以说明,民法典的编纂不是单纯的规则汇编,不是现有不同法律制度的形式固定,而是对于文化积淀和人类文明的法律解读。民法典的编纂必须以一定的思想和理念作为指导,必须有明确的法律理念和法律价值作为支撑,包括理性、平等、公平、私法自治、私权优先的观念,以及以人文主义、人本主义、民本主义和人道主义为代表的各种法律精神。实际上,民法应当具有非常强的正义性品质,不但通过设定具体制度的方式将民法的基本价值追求显现出来,而且通过法律原则实现了对个人本位思想和权利本位思想的法律确认,并因此担负起提升人的存在价值,促进人的全面发展的历史重任。这种对法律精神和法律价值的强烈追求是任何其他法律部门都难以企及的。

四、统合性与特殊性的关系

就本质而言,民法是对基本权利提供法律保护和对基本行为提供价值导引的法律制度,以重大性、基本性和必要性为规则设定前提。在民法的视野里,个体特征并不被重视,剥离个性之后的共性才是法律关注的焦点。民法立足于抽象公平,关乎人之所以为人的日用常行,将安身立命之术囊括其中,因此而成为“生活的百科全书”。作为人类社会生活的基本准绳,民法主要规范那些能够体现私法基本理念和基本要求的内容,与公民的基本生存条件密切相关的内容,与人的尊严相关的内容,能够促进人的发展与进步相关的内容以及那些有关公民基本权利救济的法律规范内容。因此,民法典的编纂要充分考虑民法典对整个私法的统领作用,要将私法活动的行为准则最大限度地体现在法典中,通过一般性的规则架构,突显平等自决调整模式的精髓。民法典不是内容越庞杂越好,也不是规定越详尽越好。成功民法典的根本标志是:一方面民法的基本理念应当贯穿于民法典的所有内容,另一方面要求民法典中的所有内容应该前后连贯且与民法的基本原则、基本价值和基本理念保持高度一致性。为此首先要明确民法的价值定位,找准民法在整个法律体系中的位置;同时要最大限度地纯化民法典的内容,将不具有基本性、代表性、普遍性的内容排除在民法典体系之外。

尽管民法典应当且能够统摄整个私法制度,但其不应且无法包揽其他私法内容。诚如日本学者山本敬三所言,民法中的规定,有的用以构成私法关系的基本框架,有的则用以解决这一构成的法理依据。也就是说,民法是私法的核心,是私法中的基本法。但这并不意味着民法可以担负起调整所有个人和个人之间以平等自决为基础的法律关系之重任,也不意味着民法典具备涵盖所有以各类主体和行为为调整对象的私法制度之能力。尤其是在市场交易行为和方式日趋复杂多变的情形下,基于抽象公平建立的民法制度对诸多如公司治理、证券交易、企业破产、保险合同、劳动合同、消费者权益保护等特殊领域往往无能为力,无法以调整共性的方式来有效解决因个性差异而引起的利益冲突与矛盾。即便现代民法越来越重视对动态安全的保护,但针对基本行为范式设定的规则依然无法满足市场经济主体日益繁杂多层次需求。因此,民法典的编纂应当定位于一般私法的规则架构,将突显效益价值及需要倾斜保护的其他领域交由特殊私法调整,从而更好地发挥民法的基础性保障功能,彰显自身独立的存在价值和存在意义。这其实也就是民法作为一般私法的个性之所在。

五、学理性与法律性的关系

立法活动和学术研究是不同的。学术研究是在对法律条文进行抽象、归纳、分析、演绎的基础上,结合该法的立法目的,总结、提炼、推导出法律的价值取向、立法原则和内在的逻辑体系。所以,民法的学理体系强调的是概念的准确性、理论的周延性、逻辑的严密性和内容的前后衔接性。在民法的学术研究中,研究某一问题的出发点通常是就该问题关键词的定位解读,进而确定该问题涉及的理论范畴。因为只有明晰用词的内涵,才能确保进一步研

究的周延性,才能通过厘清与他项研究的差别来证明本研究的独特意义。同时,学术研究非常重视思路的清晰和条理的顺畅,要求所研究的内容具有前后的连贯性,并且能够自成一體。例如,在研究人身权问题时,必然会研究维护独立人格所必备的人格权和因特定身份而产生的身份权;在研究债的问题时,必然会涉及作为债之共通性规则的债法总论和以各种类型的债为内容的债法分论。

然而,在民法典的编纂过程中,人格权是否独立成编、是否设立债法总则编等在学理上看来毫无争议的问题却成了讨论的焦点。究其原因,与学术研究相比,立法更加关注规范内容的准确性和无争议性,其目的是为了便于实务操作。如立法活动中很少直接对规范对象下定义,也很少将一些抽象的原则上升为法律规定。翻遍各国的民法典,没有一个国家直接在民法典中定义出民法是什么,因为任何对民法的定义都会引起争议,都会出现内涵和外延上的瑕疵。即使是对具体的制度也鲜有定义出现,法律直接做出规定的通常是民法的适用对象、适用范围、调整方法、调整手段等。为了便于法律的适用,立法时通常会将某一类问题集中起来做出规定,有时也会将性质相同的问题分散规定在不同的部分中。另外,在立法时也不会考虑学科的划分和法律部门的划分,作为典型私法的各国民法典中都会或多或少地包含一些属于公法的内容。简言之,并非所有的学术问题都能上升为法律规定,立法体系也不能与学理体系保持高度的一致性。民法典的编纂应当考虑已经为社会公众所熟稔的话语体系,以一般方式描述法律事实,并且以一般方式描绘法律效果,借此提高法律的实效性。

六、封闭性与开放性的关系

民法是市民社会的基本法,其内容应限于与市民社会有关的法律制度,包括自然属性的人之生存发展和现有财产的归属利用。纵观各国民法典,无论是采用法学阶梯式的编纂体例,还是采用潘德克顿式的编纂体例,皆因基本定位的约束而形成一个相对封闭的规则系统,将那些不具有普遍适用性和稳定性特质的制度排除在外。正如有学者所言,对近现代各国民法典编纂影响深远的潘德克顿法学的一个最重要的贡献就是将罗马法构筑成了一个自成一体循环的概念体系,以《民法大全》为代表的罗马法则完成了民法体系由开放体制向封闭体制的转变。为了最大限度地纯化民法,民法典在结构体系上必须具有一定的封闭性,民法内容应当形成一个完整的闭合系统。作为一个严密的体系,民法所设定的广泛内容可以为公民的几乎所有日常生活提供答案,就像数学中的数字和抽象符号一样,只要依据一定的公式进行相应的逻辑演算就可以得到确定的结果。

但这并不是说民法的规范内容必须是一成不变的。实际上,随着社会的进步和社会关系的发展,民法的调整内容肯定会有变化。因为实在的法律只能被了解为表示法律规则的一种方式,立法者并不创造法只是确认法。既然立法是一个发现规则而非创造规则的过程,那么所编纂的民法典就不可能产生一劳永逸的效果,只能说是期望在一定时期内能够较为稳定地作为社会生活的示范模式。当原本被排除在民法范畴之外的具有偶然性、临时性