

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

柳经纬卷



柳经纬
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

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

柳经纬卷

柳经纬 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. 柳经纬卷/柳经纬著. —厦门: 厦门大学出版社, 2017. 12
(中国民法典争鸣系列)

ISBN 978-7-5615-6563-6

I. ①中… II. ①柳… III. ①民法-研究-中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 151488 号

出版人 蒋东明
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 17
字数 380 千字
版次 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 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和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

本书收录了笔者 2004 年以来撰写的有关民法典编纂问题及相关民法制度研究的主要论文,多数篇目已经发表。本书采用的是论文原稿,与发表的稿子有些许差别,书中不再一一说明,敬请读者明鉴。

本书收录的论文反映了不同阶段笔者研究民法典编纂问题的心得,也反映了笔者对民法典编纂问题不断深化的认知过程,各篇目之间难免存在着前后见解不完全一致的问题。为保持论文原貌,收入本书时未作技术处理,也请读者谅解。

在此需要说明的是,2011 年,笔者申报的“中国民法理论体系问题”获得国家社科基金重点项目(项目号 11AFX003)资助,本书收录的 2011 年之后的论文,均为该项目的研究成果。

笔者指导的民商法专业硕士研究生瞿永山和李鹏两位同学根据出版社的编辑要求,对全书的注释做了技术处理;比较法专业博士研究生亓琳同学参加了“比较法视野下的非法人主体地位问题”的撰写,在此感谢三位同学的辛勤劳动和付出。

成就一部“伟大的民法典”,既是最高决策机关的愿望,也是全体民法学人的夙愿。笔者多年来关注民法典编纂问题,取得了一定的研究心得。时值厦门大学出版社组织出版“中国民法典争鸣系列”,笔者得以忝列其中,深感荣幸。在此特向出版社的领导和甘世恒责任编辑表示衷心的感谢。

柳经纬

2017 年元旦

目 录



中国民法典编纂若干问题探讨	1
附录:落实民法典编纂工作的四点建议	13
民商事法律体系化及其路径选择	17
附录:我国亟需制定一部民法典	26
应当重视和加强对民法典体系性问题的研究	29
编纂一部商事品格的民法典	31
回归民法	39
从《民法通则》到民法总则	49
民法总则制定中的若干问题	66
民法总则不应是《民法通则》的“修订版”	78
附录:民法典编纂不能“抱残守缺”	91
《民法总则(草案)》十问	94
“不讲体系”的《民法总则(草案)》第五章	112
权利能力的若干基本理论问题	118
民法典应如何安排人格权制度?	129
民法典编纂中的法人制度重构	
——以法人责任为核心	136
“其他组织及其主体地位问题	
——以民法总则的制定为视角	148
附录:民法总则不宜规定“其他组织”	159
比较法视野下的非法人组织主体地位问题	162
迈向意思自治的民事法律行为制度	
——评《中华人民共和国民法总则》第六章	
“民事法律行为”	175
关于时效制度的若干理论问题	184
关于我国民法典应设立债法总则的几个问题	203
从“强制取得对债的依归	
——关于民事责任性质的思考	217

关于如何看待债法总则对各具体债适用的问题	231
非典型之债初探	239
论添附中的求偿关系之法律性质	
——兼谈非典型之债与债法总则的设立问题	249



中国民法典编纂若干问题探讨*

引言

编纂民法典一直是我国法制建设的一个重要话题。2002年12月23日,《中华人民共和国民法(草案)》提交全国人大常委会审议,一时间引发社会的广泛关注,人们对此寄予莫大的期待。^①但是,在这以后的近12年间,未见立法机关继续审议这部法律草案,也未见立法机关对此做出说明。在某种意义上,人们早已习惯没有民法典的实际状况,甚至连不少民法学者也不再那么热衷于民法典。然而,也正是在12年后的今天,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》(以下简称《决定》)提出要“编纂民法典”,使得编纂民法典再一次进入公众的视野。由于是执政党的文献首次提出编纂民法典,因而较之2002年底的民法草案提请审议,此番提出的编纂民法典就更加受到关注。不过,与上次不完全相同的是,人们对民法典编纂的反映不仅仅是热切的期盼,还有着冷静的思考和担忧。有媒体甚至发出了“民法典这次准备好了吗”的质疑。^②

* 载《中国高校社会科学》2015年第2期。

① 例如,《法制日报》2002年12月24日的专题文章《新中国历史上第一部民法草案“浮出水面”》(作者:吴坤)如是说:“任何关心中国民主法治建设进程的人,都会铭记这一天——2002年12月23日。万众瞩目的民法草案,这一天终于‘浮出水面’,在九届全国人大常委会第31次会议上,被首次提请审议。”文章并指出:“在共和国立法史上,民法典的制定注定会留下一座非同寻常的里程碑。民法草案的提请审议,是中国司法制度和民主法治进程的又一巨大进步,也标志着我国民事法律制度将追上法制发达国家的水平,渐臻完善。”新华网记者采写的文章以“民事权利的宣言书和保障书”为题,表达对这一民法草案的认知,并认为:“民法草案的出台,是20多年来改革开放取得的丰硕成果,是社会主义法制建设取得的巨大成就。草案的编纂和提请审议,必将极大地丰富中国特色社会主义法律体系,推进社会主义依法治国的伟大进程。”王雷鸣 沈路涛 邹声文:关注民法草案提请审议民事权利的宣言书和保障书[OL].[2014-12-26].http://news.xinhuanet.com/newscenter/2002-12/29/content_673715.htm.

② 肖玮.民法典这次准备好了吗[N].北京商报,2014-12-19.

中华人民共和国成立 60 多年来,曾四次起草民法典草案均无疾而终。^① 这充分说明了民法典编纂之不易。好在四中全会的《决定》明确要“编纂民法典”,充分表明了民法典编纂的“政治意愿”,^②因此与 2002 年底民法草案审议具有很大的不同,后者单纯是由于当时的全国人大常委会的动议,而不是执政党深思熟虑的结果。执政党表达出的“政治意愿”,将为民法典编纂提供更有力的政治保障。

编纂民法典涉及方方面面的问题,十分复杂。本文拟从我国的实际情况出发,着重探讨以下几个方面的问题:一是在中国特色社会主义法律体系已经形成的当下为什么还要编纂民法典?二是我们应该编纂一部什么样的民法典?三是民法典应该由谁来编纂?应如何发挥法学家在民法典编纂中的作用?四是民法典编纂应如何组织,是沿袭现行的立法机关主导的法律草案起草模式还是创新工作模式?五是按照本文所主张的民法典,应处理好哪些相关方面的关系?

一、为什么要编纂民法典?

1997 年,中共十五大在总结改革开放以来法制建设经验的基础上,提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”,并确立了到 2010 年形成中国特色社会主义法律体系的立法目标。2011 年 1 月 24 日,全国人大常委会在人民大会堂举行“形成中国特色社会主义法律体系座谈会”,吴邦国委员长宣布,一个以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。根据国务院新闻办公室 2011 年 10 月发布的《中国特色社会主义法律体系》(白皮书),至 2011 年 8 月底,我国已制定民商事法律 33 部和一大批规范商事活动的行政法规、地方性法规。^③ 这些民商事法律和法规涵盖了所有的民商事领域,应该说在民商事法律领域已经实现了“有法可依”的法制目标。

在民商事立法取得如此成就的情况下,为什么还要编纂民法典呢?这是讨论民法典编

^① 四次起草民法典草案分别是:第一次起草是在 1954—1958 年,形成了总则篇、所有权篇、债篇、继承篇一些草稿;第二次起草是在 1962—1964 年,形成了《中华人民共和国民法草案(试拟稿)》;第三次起草是在 1979—1982 年,先后形成了民法草案四稿;第四次起草是在世纪之交,主要成果是 2002 年 12 月 23 日提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法(草案)》。关于四次起草民法草案的情况以及无疾而终的原因,参见赵晓耕,新中国民法典起草历程回顾[M],北京:法律出版社,2011。

^② 法国前宪法委员会主席、司法部长罗贝尔·巴丹戴尔在纪念法国民法典 200 周年的文章中指出:“任何编撰法典的举措要想取得成功,必须具备三个条件:有利的时机,有才华的法学家,有政治意愿。”罗贝尔·巴丹戴尔,伟大的财产[M]//法国民法典,罗结珍,译,北京:法律出版社,2005:代序 2。

^③ 白皮书列明了其中的 25 部:民法通则、合同法、物权法、农村土地承包法、侵权责任法、婚姻法、收养法、继承法、公司法、合伙企业法、个人独资企业法、商业银行法、证券投资基金法、农民专业合作社法、证券法、海商法、票据法、保险法、专利法、商标法、著作权法、中外合资经营企业法、外资企业法、中外合作经营企业法、涉外民事关系法律适用法。

纂问题首先必须明确的。笔者认为,当前提出编纂民法典,主要有以下两个层面的原因。

首先,编纂民法典是解决现行民商事法律存在的体系性缺失问题,实现民商事法律体系化之必需。虽然我们已经制定了众多的民商事法律和法规,但是由于这些法律和法规是在缺乏体系性安排的情况下制定的,且制定于改革开放的不同时期,反映了改革不同时期的要求,因此现行的民商事法律、法规之间存在着严重的体系性缺失问题。例如,在市场主体方面,现行法中既有按照所有制标准制定的《全民所有制工业企业法》、三个外资企业法,又有按照企业组织形式标准制定的《公司法》《合伙企业法》和《个人独资企业法》;关于民事主体的称谓,《民法通则》里是公民(自然人)和法人,《合同法》则是自然人、法人和其他组织(第2条),《物权法》里则是个人、集体和国家;关于法律行为(合同)的定义,《民法通则》采取“合法行为说”(第54条),《合同法》则采取“协议说”(第2条);关于欺诈、胁迫、乘人之危所为行为的效力,《民法通则》采取“无效说”(第58条),《合同法》则采取“可撤销说”(第54条);关于合同权利义务的转让,《民法通则》规定不得牟利(第91条),《合同法》则无此限制。诸如此类的法律之间不协调甚至矛盾以及大量重复的现象,在现行民商事法律中比比皆是。^①

法典是法的形式中的最高形式,标志着法在形式上发展的成熟。四中全会通过的《决定》在“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系”——“完善社会主义市场经济法律制度”的项下提出编纂民法典的任务。《决定》指出:“市场经济本质上是法治经济。使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用,必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向,完善社会主义市场经济法律制度。……编纂民法典……。”这就充分揭示了编纂民法典与完善社会主义法律体系的关系。因此,四中全会提出“编纂民法典”,其直接的意义在于通过法典化,以解决现行法存在的体系性缺失问题。

其次,编纂民法典是实现国家治理体系和治理能力现代化之必需。中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”。四中全会通过的《决定》进而指出“依法治国……是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求”。这就揭示了法治与国家治理之间的关系,法治是国家治理的基本方式,是国家治理现代化的重要标志,国家治理法治化是国家治理现代化的必由之路。^②

国家治理法治化是通过法对社会关系的有效调整来实现的。在法治和国家治理的层面上,法调整的社会关系主要有两类:一是人民与国家之间的关系;二是人民相互之间的关系。调整人民与国家之关系的法律是主要是宪法、行政法、诉讼法,调整人民之间关系的法律则是民商法。民商法采取权利、义务、责任的方式,通过对人民之间财产关系和人身关系的有效调整,发挥着塑造民众生活和社会秩序的作用,为国家治理奠定坚实的基础。因此,在国家治理体系中,民商法与宪法、行政法、诉讼法等具有同等的地位和作用,实现国家治理体系

^① 有关现行民商事法律的体系性缺失问题及其原因的分析,请参见柳经纬,民商事法律体系化及其路径选择[J].河南财经政法大学学报,2014(6).

^② 张文显,法治与国家治理现代化[J].中国法学,2014(4).

和治理能力现代化,离不开民商法。虽然我国现行的民商事法律在调整人民之间的关系方面已经发挥了重要的作用,但是由于存在着体系性缺失等问题,尚不能适应国家治理体系和治理能力现代化的要求。通过编纂民法典,消除现行民商事法律的体系性缺失问题,构建一个体系和谐的民商法律部门,既是完善社会主义法律体系的要求,也是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。

二、编纂一部什么样的民法典?

日本近代著名法学家穗积陈重在《法典论》中指出:“法律有实质以及形体的两种要素。一国的法律是否真正地具有实现国家利益、促进人民幸福的条规的问题就是该部法律的实质问题。一国的法律是否真正地制作出简明正确的条文,又是否是以该国人民容易知其权利义务所在的问题就是法律的形体问题。”他还以“多病的才子”“妖娆的毒妇”“不具的痴汉”来形容“实质美而不具形体”“形体完备而实质不善良”“实质、形体两者皆不具备”的法律。^①因此,一部好的法典应当兼具“形体美”和“实质善良”两个要素,是内在精神和外在体系的和谐统一体。

就内在精神而言,民法作为私法的核心,必须彰显财产权和契约自由(意思自治)的精神。美国比较法学家梅利曼指出,在民法典中“占统治地位的观念则是个人的私有财产权和个人的契约自由”,“法典中所突出的个人财产权和契约权,保证了个人权利不受国家侵犯”,“在私法范畴内,政府的唯一作用就是承认私权并保证私权的实现”。^② 民法典的实质就在于它充分彰显了财产权和契约自由的精神才获得生命力,才能在实现国家治理中发挥着重要的作用。在法国,自从1804年《法国民法典》诞生200多年来,法国历经两个帝国、两个王朝、四个共和国和七部宪法,^③然而《法国民法典》却始终屹立不倒,被称为“法国真正的宪法”。^④ 《法国民法典》之所以具有如此的生命力,原因在于其将1789年《人权与公民权利宣言》所确立的自由、平等、所有权原则“移到民事领域”,通过民法典的系列制度构建,奠定了新社会秩序的基石。^⑤ 在《法国民法典》中,最集中体现财产权精神的是第544条,该条规定“所有权是指最绝对地享用和处分物的权利”;最集中体现契约自由精神的是第1134条,该条规定“依法成立的契约,对缔结该契约的人具有相当于法律的效力”。正是由于《法国民法

① 穗积陈重,法典论[M],李求铤,译,北京:商务印书馆,2014:5.

② 约翰·亨利·梅利曼,大陆法系[M],2版,顾培东,禄正平,译,北京:法律出版社,2004:97.

③ 两个帝国:法兰西第一帝国(1804—1815)、法兰西第二帝国(1852—1871);两个王朝:波旁王朝(1814—1830)、七月王朝(1830—1848);四个共和国:法兰西第二共和国(1848—1852)、法兰西第三共和国(1871—1940)、法兰西第四共和国(1945—1958)、法兰西第五共和国(1958年至今);七部宪法:1814年宪章、1830年七月王朝宪法、1848年宪法、1852年宪法、1875年宪法、1946年宪法和1958年宪法。

④ 罗贝尔·巴丹戴尔,伟大的财产[M]//法国民法典,罗结珍,译,北京:法律出版社,2005:代序2.

⑤ 罗贝尔·巴丹戴尔,伟大的财产[M]//法国民法典,罗结珍,译,北京:法律出版社,2005:代序20.

典》充分彰显了财产权和契约自由精神,使得这部法典成为大陆法系国家和地区众多民法典的典范,受到比较法学家的普遍赞誉。茨威格特和克茨盛赞道:“1804年的《法国民法典》不仅仅是法国私法的核心,而且也是整个罗马法系诸私法法典编纂的伟大范例。”^①

就外在体系而言,法典是法律发展的高级阶段,是成文法的最高形式。法典编纂论的始祖边沁认为,法典是“一套内容十分完整、具有严格的逻辑顺序并且用语精确的综合性法律规定的总和”^②,法国前司法部长巴丹戴尔认为,法典是“有序的立法整体”^③,《中国大百科全书(法学卷)》也说,法典是“对某种现行部门法进行编纂而制定的比较系统的立法文件。现行法系统化的表现形式之一”^④。尽管这些表述不尽相同,指代也不同,但都一致表明了法典的基本要义是它的系统性和体系性。现今世界各国和地区优秀的民法典都以其系统性和体系性而著称,尤其是1900年的《德国民法典》,采取“总则—分则”的结构,以高超的法律编纂技术,在各项民事法律基本制度基础上,抽象出一个“总则”(法人、法律行为、时效),成为近代以来法典体系化的典范,日本、泰国(暹罗)、希腊、俄罗斯(包括苏俄)等国的民法典,都深受其影响,我国民国时期编纂的民法典也采纳了《德国民法典》的体例。

就我国当下编纂民法典而言,《法国民法典》和《德国民法典》这两部世界上最优秀的民法典,给我们以重要的启示。

从法典的实质层面来看,尽管《法国民法典》诞生200多年来,私法的原则随着社会经济的变革已经发生了重大变化,个人本位逐渐让位给社会本位,诚实信用日渐成为私法的重要原则,财产权和契约自由均受到不同程度的限制;尽管我国社会经济制度也不等同于法国等大陆法系国家和地区,甚至还存在着重大的差异(如所有制),但是财产权和契约自由作为构建现代社会经济秩序的两个基石的地位并没有发生根本性的变化,我国实行社会主义市场经济也同样需要确认和保障各种市场主体的财产权和契约自由。四中全会通过的《决定》旗帜鲜明地指出:“社会主义市场经济本质上是法治经济。使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用,必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向,完善社会主义市场经济法律制度。”“保护产权”“维护契约”正是民法的实质所在。因此,我国编纂的民法典应该是一部彰显“保护产权”和“维护契约”精神的法典。

从法典的形体方面来看,《德国民法典》采取五编制,由总则和四编分则(债、物权、亲属、继承)构成,而《法国民法典》没有类似于德国民法典的总则,只设三编(人、财产和取得财产的各种方式)。这种情形与法、德两国的法学传统有关,在《法国民法典》之前,法国的法学著作里没有类似于总则一类的内容,在《德国民法典》之前德国的法学著作里则有此内容。^⑤我

① K.茨威格特,H.克茨,比较法总论[M],潘汉典,等译,北京:法律出版社,2003:87.

② 封丽霞,法典编纂论:一个比较法的视角[M],北京:清华大学出版社,2002:9-10.

③ 罗贝尔·巴丹戴尔,伟大的财产[M]//法国民法典,罗结珍,译,北京:法律出版社,2005:,代序3.

④ 中国大百科全书(法学卷)[M],北京:中国大百科全书出版社,1984:90.

⑤ 艾伦·沃森,民法法系的演变及形成[M],李静冰,姚新华,译,北京:中国政法大学出版社,1992:164-165.

国自清末至民国时期以来,在民事立法方面,民国时期编纂的民法典沿袭了《德国民法典》的体例;在民法学教学和理论研究方面,我国一直受到德国民法学的影响。近年来民法学界关于民法典的理论研究,以及2002年底提交全国人大常委会审议的《民法草案》,总体上还是保持着“总则—分则”的体例,存有争议的只是分则的设置,即人格权和侵权行为是否独立成编?是否设立债法总则?因此,基于我国自清末以来形成的民法理论传统,民法典在结构上仍应采取《德国民法典》的“总则—分则”体例,并以法典的系统性和体系性为目标,编纂一部充分彰显“保护产权”“维护契约”精神的民法典。

三、谁来编纂民法典?

法典讲的是“编纂”而不是“制定”,一反立法采用的习惯用语。何谓法典编纂?《中国大百科全书(法学卷)》的解释是“重新审定某一法律部门的全部现行法律规范,废除已经旧的,修改相互抵触的部分,弥补其缺陷或空白,使之成为基于某些共同规则、内容协调一致、有机联系的统一的法律的活动”^①。因此,法典编纂本质上是一种立法活动,它就应当是立法的任务。然而,在法学家看来,情况并非完全如此。巴丹戴尔指出,法典编纂要取得成功,其中必须的条件之一是“有才华的法学家”。^②“有才华的法学家”表明了法典编纂与法学、法学家的密切关系,“无法学家便无法律”。^③梅利曼认为,是法学家“创造了法典编纂的内容、形式和风格”,“法学家成了大陆法系中真正的主角,大陆法也就成了法学家的法”。^④ 雅克布斯在考察了《德国民法典》与法学、法学家的关系后,也指出“法典编纂是法学的任务,而不是立法的任务”。^⑤

纵观大陆法系国家和地区的法典化运动,法学、法学家与法典的关系体现在两个层面上:一是法学为法典编纂提供了知识的源泉,法典是法学的产物;二是法学家直接主导着法典草案的起草,他们是法典的真正缔造者。在古代罗马,查士丁尼组织编纂的《国法大全》是由法学家完成的,其中《学说汇纂》和《法学阶梯》基本上由法学家的著述构成,《法学阶梯》本身就是一部罗马法教科书。《法国民法典》是在拿破仑的领导下由4位法学家(他们同时也是律师或法官)组成的委员会完成的,该委员会的成员之一波塔利斯在法典的设计和起草方面起了主要作用,法典的内容则参照了1761年出版的著名法学家波蒂埃的作品,债的部分几乎是波蒂埃著述的概要。^⑥《德国民法典》则得益于学说汇纂派的理论贡献,在由11人组

① 中国大百科全书法学卷[M].北京:中国大百科全书出版社,1984:90.

② 罗贝尔·巴丹戴尔.伟大的财产[M]//法国民法典.罗结珍,译.北京:法律出版社,2005:代序2.

③ 罗贝尔·巴丹戴尔.伟大的财产[M]//法国民法典.罗结珍,译.北京:法律出版社,2005:代序12.

④ 约翰·亨利·梅利曼.大陆法系[M].2版.顾培东,禄正平,译.北京:法律出版社,2004:58-59.

⑤ 霍尔斯特·海因里希·雅科布斯.十九世纪德国民法科学与立法[M].王娜,译.北京:法律出版社,2003:157.

⑥ 李启欣.法国法律渊源及其发展[J].法国研究,1988(2).

成的第一委员会里,其成员“无不来自学说汇纂学派,也没有哪一个成员的头脑没有浸透学说汇纂学派关于法产生与适用的理论”。^① 作为学说汇纂学派的代表,温德夏依德对法典的起草贡献巨大,在法典的“编纂过程中,一旦发生疑难问题,发挥决定性作用的总是温德夏依德,或者是他的教科书”。^② 由于致力于构建学说汇纂法学的是法学教授,这也使得《德国民法典》打上了“教授法”的烙印。^③ 更有甚者,瑞士、智利、阿根廷民法典、埃塞俄比亚等国的民法典草案就是由一位法学教授独立完成的,有的起草者还是外国人。^④

大陆法系国家和地区民法典编纂的经验告诉我们,编纂民法典不能没有法学和法学家的担当。这一点对于我国民法典编纂至关重要。我国现行的民商事立法基本上是由全国人大常委会的法制工作委员会或者专门委员会以及政府部门主导的,虽说也很注重发挥法学家的作用,但是法学家仅限于参与草案的部分起草、讨论和征求意见,其作用主要是咨询,少有法学家主导法律草案的起草。而且,在1998年合同法草案公开征求意见之前,立法工作属于国家机密,法学家只能在幕后发挥作用。合同法草案公开征求意见后,法学家也才开始走到台前。改革之初和世纪之交的两次民法起草,虽然也有法学家的参与,但是从2002年底提交审议的《中华人民共和国民法(草案)》的形成情况看,主导草案起草的是全国人大常委会法制工作委员会,而不是法学家。时任全国人大常委会法制工作委员会民法室主任的王胜明在《法治国家的必由之路——编纂〈中华人民共和国民法(草案)〉的几个问题》一文中对民法草案的产生过程有个详细的说明:

“2002年1月11日,法制工作委员会召开了专家座谈会,着重研究民法典的主要内容,并邀请六位专家分别起草民法典的各编内容……2002年4月初,专家建议稿的草拟工作基本完成。……起草专家建议稿的同时,法工委民法室着手民法典的编纂工作,起草民法的室内稿。……4月底,形成法工委民法室的室内稿。5月至8月,法工委民法室以室内稿为基础,对照专家建议稿,反复研究,到8月份形成中华人民共和国民法汇报稿。……9月16日到9月25日,法工委听取民法专家和实际部门的同志对民法汇报稿的意见。2002年10月,在现有民事法律和物权法草案的基础上形成了民法草案的初稿。”

由此可见,在这种立法体制下,法学家并不能发挥应有作用。曾参与合同法、物权法草案以及这部民法草案起草工作的梁慧星教授,对此深有体会。他在《中国民法典草案建议稿》一书的“序言”中不无抱怨地说道:“课题组全体同志深信,国家立法之权操在立法机关,现今之立法体制尚未符合立法科学化与民主化的要求,专家建议并未受到真正重视,不敢奢

① 霍尔斯特·海因里希·雅科布斯,十九世纪德国民法科学与立法[M],王娜,译,北京:法律出版社,2003:3.

② 大木雅夫,比较法[M],范愉,译,北京:法律出版社,1999:200.

③ 大木雅夫,比较法[M],范愉,译,北京:法律出版社,1999:272-273.

④ 瑞士民法典的起草者是伯尔尼大学法学教授欧根·胡贝尔(Eugen Hubel),智利民法典的起草者是委内瑞拉人安德雷斯·贝略(Andrés Bello),阿根廷民法典的起草者是萨斯菲尔德(Dalmacio Vélez Sarsfield),埃塞俄比亚民法典的起草者是著名比较法学家法国人勒内·达维德(Rene David)。

望此民法草案能为立法机关所采纳。”^①

这种法律草案起草的组织方式,也是造成2002年的民法草案欠成熟而无法继续审议的重要原因之一。这部民法草案分为九编:总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法、涉外民事关系的法律适用法,计1209条。这部法律草案的不成熟主要表现在:草案基本上是当时已经颁行的《民法通则》(编入民法草案时稍有改动)、《合同法》《婚姻法》《收养法》《继承法》和正在起草的《物权法(草案)》等拼凑的产物,无论是在内容上还是在体例上都存在着不协调之处;^②而且,《民法通则》《继承法》颁行于改革开放之初,许多内容已经不能适应体制改革的需要,将这些法律搬进草案,使得这部草案在某种程度上严重滞后于社会经济发展的形势。正因为如此,王胜明主任在民法草案提交审议后接受媒体记者采访时就已表达出不准备继续审议的倾向性意见。他说:“对民法草案是统一审议还是分编审议、分编通过,应当由全国人大常委会决定。我个人倾向分编审议、分编通过。如果采取分编审议、分编通过这种形式,明年的工作重点就可放在集中力量修改有关物权法的内容上。”^③所谓“分编审议”不过是一个托词,“明年的工作重点就可放在集中力量修改有关物权法的内容上”却是实话,不再继续审议民法草案已成定案。后来的立法进程也证明了这一点。

反思我国法律草案起草的组织方式,有必要借鉴大陆法系编纂民法典的经验,充分发挥法学家在民法典草案起草中的主导作用。四中全会通过的《决定》提出要“深入推进科学立法、民主立法”,“探索委托第三方起草法律法规草案”。笔者认为,此所谓“委托第三方起草法律草案”,就是要改革立法部门主导的法律草案起草方式,其重要的形式就是委托法学家主导起草法律草案。民法作为调整人民之间关系的法律,经过自罗马法以来的探索和发展,已经形成了完备的知识体系。历史证明这一知识体系能够满足塑造民众生活和调整人民之间关系的需要,也能够适应我国社会主义市场经济和法治建设的需要,并在我国发扬光大。以这种知识体系为基础的法典草案,也只有具备这种知识体系的法学家才能担当起草的重任。除此之外,大概不会有更好的办法和路径。套用当下公众所熟知的一种表达方式:虽然法学家不一定能编出一部好的民法典,但如果没有法学家担此大任,则肯定编不出一部好的民法典。

在我国现行体制下,由法学家主导起草民法典草案,还有一个优势。这就是尽可能排除来自公权力机关的干扰。在我国现行的民商事法律里,不难看到这种公权力干扰的印记。

^① 中国民法典立法研究课题组(负责人:梁慧星).中国民法典草案建议稿[M].北京:法律出版社,2003:序3.

^② 这样一部体系混乱的法律草案,立即遭到一些学者的抵制,梁慧星教授甚至严厉地批评说:“一部体系混乱、不讲逻辑的民法典所可能给中国造成的弊害,将比中国没有民法典更甚千万倍!”梁慧星.松散式、汇编式的民法典不适合中国国情[J].政法论坛,2003(1).

^③ 民法典编纂共有六大热点 权威人士逐一阐明解释[N/OL].[2015-1-4].http://news.china.com/zh_cn/focus/civillaw/11009642/20030106/11392702.html.

例如,《担保法》第35条关于限制重复抵押的规定,第41条关于抵押合同生效的规定,明显带有金融业务管理的色彩;《合同法》第127条关于合同行政管理的规定,反映了工商等行政管理部门的意愿。民法典应当充分彰显财产权和契约自由的精神,尽可能不给公权力的侵入留有余地。要做到这一点,法学家主导草案起草工作显然比现行的立法机关主导法律草案的起草更为合适。

需要指出的是,法学家主导民法典草案的起草,不能狭隘地理解为只有民法学教授,应包括掌握法学知识体系的专家学者,大学教授、法官、律师以及长期从事立法工作的官员,均属于法学家的范畴。

四、民法典编纂如何组织?

当我们探讨了编纂一部什么样的民法典以及谁来编的问题后,接下来须要讨论的问题则是如何组织民法典的编纂。编纂民法典属于立法活动,当然须按照《立法法》的规定,经全国人民代表大会审议。这里所探讨的当然不是立法程序层面的问题,而是作为法典编纂重要环节的如何组织法典草案起草的问题。

从世界各国或地区的民法典编纂情况看,法典草案的产生主要有两种方式:一种是由个人独立完成,如瑞士、智利、阿根廷等国民法典;第二种是由一个法典编纂委员会集体完成,如法国、德国等国民法典。我国民国时期编纂的民法典也采取委员会的组织形式。^①这两种法典草案起草的组织方式,各有利弊。个人独立起草民法典草案,较之委员会起草方式的优点是,可以确保整部法典前后呼应、首尾连贯、浑然一体、风格统一,还可以避免因起草人数多可能导致意见不同而引起的争议,减少法典草案出台的阻力,提高工作效率。但是,社会关系错综复杂,社会发展日新月异,单凭一个人的知识和能力通常难以驾驭一部民法典草案的全部工作,因此在大陆法系国家和地区,民法典草案起草通常采取委员会的组织方式。^②而且,这两种组织方式还将导致民法典的风格不同。雅克布斯甚至认为:“一部最易为大众理解的民法典,一定是由一个人制定的、以影响民众生活方式为目的的民法典;而一部立法技术最完美、最难为大众理解的民法典,则往往是由一个不以改变世界为己任的委员会制定的民法典。”^③

在我国,虽然不排除个人独立起草民法典草案之可能,但是法律须由全国人民代表大会

① 1929年1月29日,国民政府立法院决定,选派傅秉常、史尚宽、焦易堂、林彬、郑毓秀(物权法草案完成后辞职,由王用宾补任)五位立法委员组成民法起草委员会,负责起草民法典草案。此外,还聘法国人宝道(Georges Padoux)为民法起草委员会顾问。参见张生,《中国近代民法法典化研究》[M],北京:中国政法大学出版社,2004:177-178。

② 封丽霞,《法典编纂论:一个比较法的视角》[M],北京:清华大学出版社,2002:292-293。

③ 霍尔特·海因里希·雅科布斯,《十九世纪德国民法科学与立法》[M],王娜,译,北京:法律出版社,2003:3。