

论民法典形成机制的时代性与科学性

陈 甦

(中国社会科学院法学研究所 北京 100720)

内容提要:怎样编纂一个民法典与编纂一个怎样的民法典同等重要,新时代的民法典有赖于体现新时代特质的形成机制。在我国民法典编纂中,立法关注在集中于民法典体例与内容的同时,还应当兼顾民法典形成机制的建构与完善。一个能够产生划时代民法典的形成机制,应当能够充分运用时代提供的立法资源、知识能力与技术可能,做到兼顾民法典的技术完善与理念彰扬,有效地整合学界通说并精准地合成社会共识,同时能够处理好立法与改革的关系。

关键词:民法典 民事立法 编纂机制 社会共识

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2015.06.001

编纂民法典是一项具有重大时代意义的法治建设实践。在法律创制主体与形成环境既定的情况下,编纂民法典可以分解为目标建构与过程建构两个不同层面。就其目标建构而言,旨在解决的问题是编纂一个怎样的民法典;就其过程建构而言,旨在解决的问题是怎样编纂一个民法典。法治本身就是一种机制性的社会存在,编纂民法典的结果与过程之间存在着内在联系,编纂一个怎样的民法典与怎样编纂一个民法典,两者实际上处于同等重要的地位。在特定的社会发展条件下,怎样形成一个民法典甚至比形成一个怎样的民法典更有意义,因为一个好的民法典有赖于一个好的民法典形成过程,而且一个好的民法典形成过程才更能彰显法治机制的有效性与进步性。然而在我国民法典编纂中,当前社会的立法资源更为集中在民法典的目标建构上,相关法学注意力更为集

中在将来民法典的立法理念、结构安排与内容选择上,而民法典形成机制的创新与优化却并未得到等量齐观的重视。依靠改革开放以来法治建设不断积累的法律创制经验和不断增强的法理阐释能力,形成一个能够得到普遍认可的民法典,将是一个肯定实现的期待。然而能否有效配置立法资源以充分实现时代赋予我们的法律创制可能,形成一个在当今条件下具有最佳结构和最优内容的民法典,则是一个受制于民法典形成机制如何建构以及如何运行的期待。

一、技术完善与理念彰扬的兼顾并重

我国改革开放以来,法治建设成就卓著,已经形成了社会主义法律体系,并积累了丰富的法律创制经验;法学研究成果丰厚,已经建构了门类齐全的法学理论体系,法律共同体拥有了前所未有的法理阐释能力。这些都为民法典编

作者简介:陈 甦(1957—),男,汉族,辽宁大连人,中国社会科学院法学研究所研究员。

纂提供了规范、知识、能力等资源,并促成了对民法典编纂过程及其结果充分信赖的社会心理基础。

编纂民法典已经有了相当充分的规范体系和法律文本基础,现行的《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》《收养法》等法律,已经俨然形成民法典体系的框架镜像。在现有的民事立法成果基础上,通过法律编纂技术实现进一步的体系化整合和科学化整理,是民法典得以形成的重要措施。民法典编纂是一项重大的系统工程,在民法典体系结构的各个层面,都有技术完善应以实现的目标。于其大者,如已经启动制定民法总则。“我国民法典应设总则编和分则编,对此基本无争议”,^①而民法典的总则又是一般规范中的一般,有了民法总则,整个民法典体系才能逻辑性地展开。于其中者,要对已有的民事基本法律进行整合。像合同法、物权法、侵权责任法、婚姻法、继承法等,“这些法律在制定时,重视各自的体系性与完整性,并未按照民法典的体系进行系统的设计,……在制定民法典时,应当对各部法律进行适当的修改,而不能简单地、原封不动地纳入。”^②于其小者,要消除已有民事基本法律中的矛盾或重复之处。存有矛盾者如关于无权处分的规则,“同样是无权处分行为,根据《合同法》第51条可能因权利人未追认而无效,但根据《物权法》第106条,权利人即便不追认,也可能是有效的。这两个条款之所以发生了冲突,主要原因在于价值体系上就是冲突的。”^③存有重复者如代理制度,“在《民法通则》、《合同法》总则、《合同法》分则中多次出

现,其含义并不一致。这也是将来体系化统合的当然目标。”^④以我国当前的法治建设能力和法学界的法理阐释能力,再通过立法机关的精心组织和参与者的精诚合作,拿出一个很好的民法典,是完全能够做到的。对此可以深信不疑。但是,对于能否拿出一个伟大的民法典,单凭技术完善性质的举措则是不能得出肯定答案的。

民法典的编纂具有很强的专业性,但是民法典编纂绝不是封闭于专业领域的职业活动,而是激荡于社会观念交织之谷、闯行于社会转型之野的社会实践活动。我国民法典要成为社会主义法治建设的一个典范,就必须在其形成过程中就张扬其理念与精神。因为当今中国的民法典不仅有促进学法、用法、司法、守法的应用价值,“也负有推动社会转型与改革、稳定市场经济制度与家庭秩序、护持民族基本法律情感乃至建构‘国民法律共同体’的重要使命。”^⑤可是,“法律人把法律包括民法看得十分重要,而社会其他阶层的人民恐怕不完全这么认为。”^⑥因此,民法典的编纂过程也是其重要性的形成过程,不仅要实现民法典在规范社会关系中实质上的重要性,也要实现民法典在塑造社会心理中观念上的重要性。

我国《物权法》的制定过程值得反思和借鉴。“2005年出现的关于物权法草案具有政治问题的争议,对物权法的制定造成严重障碍。”^⑦“结果导致《物权法》被推迟一年提交立法机关讨论。本来计划于2006年颁布的《物权法》,被推迟到2007年讨论通过。”^⑧虽然《物权法》

① 郭明瑞:《关于编纂民法典须处理的几种关系的思考》,载《清华法学》2014年第6期。

② 王利明:《法律体系形成后的民法典制定》,载《广东社会科学》2012年第1期。

③ 王利明:《法律体系形成后的民法典制定》,载《广东社会科学》2012年第1期。

④ 孙宪忠:《我国民法立法的体系化与科学化问题》,载《清华法学》2012年第6期。

⑤ 谢鸿飞:《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》,载《清华法学》2014年第6期。

⑥ 张新宝:《中国民法和民法学的现状与展望》,载《法学评论》2011年第3期。

⑦ 孙宪忠:《争议与思考——物权立法笔记》,中国人民大学出版社2006年版,第300页。

⑧ 张新宝、张红:《中国民法百年变迁》,载《中国社会科学》2011年第6期。

最终冲破阻力得以通过,但其制度设置和实施效果或多或少受到了影响,其中最为明显的影响后果就是与物权法相称的权利观念并未在全社会牢固树立。如在《物权法》实施了整整六年之后,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》仍要郑重声明:“公有制经济财产权不可侵犯,非公有制经济财产权同样不可侵犯。”可见,编纂民法典要面临意识形态的拷问是免不了的,如果试图轻风细雨地撰写民法典草案,而不在意向社会充分阐释并获得普遍理解,恐怕像取得时效那样的制度最终还是很难写进民法典。因此,民法典编纂过程一定要勇于接触各种社会观念并与之碰撞,并在观念碰撞中透彻阐释中国民法典应有的精神与理念,使民法典的编纂过程同时也是中国民法典精神与理念在社会扩张、普及、深植与固化的过程。唯有如此,民法典的编纂过程才能是一个精彩而有价值的法治过程,经此过程才能形成一个法治时代精品的民法典。

社会主义市场经济本质上是法治经济。“要搞社会主义市场经济,民法不可或缺,民法典的出台亦是社会主义市场经济的必然要求。”^⑨民法典作为社会主义市场经济法律体系的制度表率,应当充分蕴含并彰显社会主义市场经济的理念,与社会主义市场经济的内在要求、运行机制和一般规则相契合。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》深刻系统地明确了完善社会主义市场经济法律制度的基本导向,就是“保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管”。这六个基本导向,既是主导民法典规范体系建构的立法政策,也是贯穿整个民法典编纂过程的立法策略。前者的意义在于,制定民法典中涉及市场活动或受市场活动影响的法律规范时,在利益权衡、价值选择和功能预设上应当以

符合或顺应这六个基本导向为选择依据。后者的意义在于,向全社会宣示民法典形成机制所在其中的社会环境假定,即我们是在相对并不完善的社会主义市场经济体制环境中,为相对理想化的社会主义市场经济体制环境编纂民法典。因此,有关民法典编纂的普及宣传、讨论质疑等,要以社会主义市场经济体制为语境的基本构成。不坚持社会主义市场经济这个最大的社会背景,就会减弱有关民法典的讨论或争议的建设性。

民法典形成机制还必须是权利彰扬的过程。我国的民法典究竟是坚持权利本位还是社会本位,法学界已经有充分论述。在民法典编纂中,需要对我国民法典形成的历史时空节点和社会观念状态做出符合我国社会特点与时代发展趋势的精准把握。沿着世界民法史的发展轨迹可以概括出现代民法替代近代民法的集中表现是:具体人格、财产所有权限制、私法自治限制及社会责任。^⑩我国民法典的形成过程当然是世界民法发展史的重要构成,但我国民法典有其独特的生长环境与机遇,与他国民法典的发展轨迹之间存在巨大的体制区别与阶段差异。“就现实状态而言,应当看到我国的民事立法与他国特别是近现代资本主义国家的立法走的是不同方向的道路。”^⑪在计划经济体制下,是以“权力——义务”机制作为经济运行的观念介质;而在市场经济体制下,则以“权利——义务”机制作为经济运行的观念介质。虽然我国的改革开放事业已经进行了30多年,但直到2013年的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》才提出“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”。在一定意义上,“使市场在资源配置中起决定性作用”是通过权利的确认与行使而实现的,就是在微

⑨ 张新宝、张红:《中国民法百年变迁》,载《中国社会科学》2011年第6期。

⑩ 参见梁慧星:《从近代民法到现代民法法学思潮——20世纪民法回顾》,载《中外法学》1997年第2期。

⑪ 郭明瑞:《关于编纂民法典须处理的几种关系的思考》,载《清华法学》2014年第6期。

观上市场主体通过自主拥有和行使权利做出自己的经济决定,由此聚合而在宏观上实现市场在资源配置中起决定性作用。可见,权利的决定地位在我国实际社会生活中才刚刚获得政策倡导层面的决定作用,其通过法律机制而起到实际上的决定作用还需要经过更多的实践与更长的时间。

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出“健全归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度。公有制经济财产权不可侵犯,非公有制经济财产权同样不可侵犯。”加强产权保护,不仅是改革开放深入推进的手段与机制,其本身也是深化改革的目标与任务。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》把“保护产权”作为完善社会主义市场经济法律制度的第一个基本导向,就是把权利作为法律制度的核心要素,把权利保护作为法律体系建设的逻辑起点。在全面深化改革与全面推进依法治国的实现进路中,权利的确认及保障是两者之间一个重要的交织点。覆盖这个交织点的民法典的制定过程,不当只是一个法律规范系统和法学知识系统的生成过程,也应当是一个权利观念的更新与固化过程。编纂民法典应当有书写新时期权利宣言的使命感,“没有使命感、缺乏理想是不可能制定出一部有价值的民法典的。”^⑩

二、通说选萃与共识决断的相析合成

现实的法律应当反映当代的社会共识。就当下的民法典编纂而言,可以说是已经有普遍的社会共识作为其建构基础。其一,经济体制改革以来特别是社会主义市场经济体制确立以来的经济社会发展,为民法典编纂建立了牢固的体制环境和观念基础。其二,民法体系化过程中的重要阶段性成果,如《物权法》《合同法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》等的制定与实施,是整个社会对民法典基本精神与主要内

容取得共识的制度表现。其三,民法学界对民法典相关问题的持续探讨,尤其是在2003年前后和2014年前后对制定民法典问题的两次集中探讨,对应当制定民法典已形成学界共识,对制定民法典的主要问题已基本形成学界共识。其四,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出要编纂民法典,这是执政党代表社会做出的政治共识。

民法典的编纂过程是相关社会共识转化为法律形式的过程,既是一个以社会共识为基础为依据的过程,也是一个继续寻求社会共识的过程。虽然当前有关民法典编纂的共识远远多于异见,但仍有一些重大问题及其解决方案尚处于讨论之中。由于法律及其制定与实施过程的专业性,学界通说是形成关涉法律的社会共识的最佳路径,问题是如何从有关民法典编纂的纷纭观点中足够可信地析出可以充任社会共识的学界通说。学界通说的形成是一个表现为反复讨论并需要反复验证的长期过程,其间并无简明的规则或标识以确定何种主张是学界通说,学术权威的表述与立法机关的选择往往是学界通说“约定俗成”的认定机制。在民法典编纂中,对于一些重大问题的权威观点至今尚未形成一致,立法机关固然可以在将来议决草案时断然择一采纳,但若能在立法机关议决时提供一个充分吸纳学界通说的民法典草案,将会使民法典获得更强的科学性和更高的认可度。

除了一些价值观上的根本差异外,对民法典编纂理念层面的不同看法与主张,通常不会迟滞民法典的形成过程,反倒有利于民法典在更为丰富的理念支持下顺利形成。例如,有学者认为,编纂民法典必须摆正民法典与哲学之间、民法与商法之间、原则与规则之间、主张与举证之间、规则内容与立法技术之间的关系。^⑪

^⑩ 张新宝:《民法典的时代使命》,载《法学论坛》2003年第2期。

^⑪ 参见崔建远:《编纂民法典必须摆正几对关系》,载《清华法学》2014年第6期。

还有学者则认为,编纂民法典应当处理好实用性与形式理性、前瞻性与现实性、本土化与国际化、自治与强制的关系。^⑭这两种观点的内容不同,但其间并无择一选择性,而是基于不同着眼点的各有侧重的表达,编纂民法典时自可一体采纳、相得益彰。但是,有关民法典结构层面的观点(如民法典应设几编)和内容层面的观点(如应否规定间接代理),则有较强的择一选择性,采纳学界通说将提高立法机关凝聚社会共识的把握性与自信心。

我国的民法典究竟应当设几编,一直是民法典研究的学术关注点,甚至成为民法学界不同理论体系相区别的重要标志。对于民法典体例的诸种主张,择其要者来看,则七编制、^⑮八编制、^⑯九编制、^⑰十编制^⑱均有之。即使主张民法典编数相同,其编名与排序亦差异颇大。例如,同为主张九编制,一种方案是:第一编总则,第二编物权法,第三编合同法,第四编人格权法,第五编婚姻法,第六编收养法,第七编继承法,第八编侵权责任法,第九编涉外民事关系的法律适用法;^⑲另一种方案则是:第一编民法通则,第二编婚姻家庭法,第三编继承法,第四编物权法,第五编知识产权法,第六编合同法,第七编劳动合同法,第八编侵权责任法,第九编涉外民事关系法律适用法。^⑳一个更为值得关注的学术现象是,学者们对自己学术观点的坚持通常不会因时间的经过而轻易改变。以民法典是否

设人格权专编为例,当初主张设人格权编的,现今依然主张;^㉑当初不同意设人格权编的,现今依然不同意。^㉒学者对自己学术观点的坚持是一种十分可贵的品质,真理的发现与坚持有赖于这种品质。然而这却给民法典编纂者带来一定程度的犹疑,因为在观点不同但又均为强有力的学术阐释面前,判断究竟哪一种观点为学界通说的难度大大增加。针对有关民法典体系结构的激烈而长久的争论,有学者宽厚地建议,“在民法典的编纂中,民法学界和实务界应当将主要精力放到具体制度的研究上,而不要因此类问题的争议而延缓民法典编纂的进程。”^㉓

民法典编纂过程中,将重要问题及其解决方案的立法关注与研究精力,由体系结构层面转到具体制度层面上,确是一个更为适合民法典编纂需要的策略选择。但是,就民法典中具体制度的创制与完善而言,也面临着研究的周延性与效率性问题。其一,在民法典编纂过程中,以某种形式直接参与其过程的专家学者,很难周延而有效率地将重要的具体制度都提取出来并进行集中讨论。换句话说,直接参与编纂民法典的专家学者所集中讨论的具体制度问题,实际上不足以充分覆盖民法典编纂所涉范围。其缘由不在于参与者的学识与责任,而在于民法典形成机制中交流方式的时空条件限制。其二,就整个民法学界甚至整个法学界而

^⑭ 参见郭明瑞:《关于编纂民法典须处理的几种关系的思考》,载《清华法学》2014年第6期。

^⑮ 参见梁慧星:《制定民法典的设想》,载《现代法学》2001年第3期;马俊驹、周瑞芳:《制定民法典的指导思想及其体系构想》,载《吉林大学社会科学学报》2001年第5期。

^⑯ 参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版。

^⑰ 参见2002年第九届全国人大常委会第31次会议上提交讨论的民法典草案;易继明:《历史视域中的私法统一与民法典的未来》,载《中国社会科学》2014年第5期。

^⑱ 参见王家福:《21世纪与中国民法的发展》,载《法学家》2003年第4期。

^⑲ 参见2002年第九届全国人大常委会第31次会议上提交讨论的民法典草案。

^⑳ 参见易继明:《历史视域中的私法统一与民法典的未来》,载《中国社会科学》2014年第5期。

^㉑ 参见王利明:《我国未来民法典中人格权编的完善——2002年〈民法典草案〉第四编评述》,载《中国政法大学学报》2013年第1期。

^㉒ 参见孙宪忠:《我国民法立法的体系化与科学化问题》,载《清华法学》2012年第6期。

^㉓ 郭明瑞:《关于编纂民法典须处理的几种关系的思考》,载《清华法学》2014年第6期。

言,想必民法典应纳入的所有具体制度都曾被研究讨论过,但是其讨论的结果未必都得以筛选归纳而成为民法典编纂直接利用的学术资源。其三,在民法典编纂过程中,各种民法典草案的学者建议稿确实起到了独特的作用。因为法律草案学者建议稿荟集了当前的学术研究成果,为立法机关提供了可资选择的制度设计方案,极大地提高了立法的效率与质量。^{②4} 然而一个学者建议稿难免有其学术偏好,多个学者建议稿之间必然有较大差异,仍需要立法机关对其进行“揉合”,但其过程中可能有一些具体制度并未被充分讨论,否则就不会有学者认为2002年的“民法典草案是在学者方案的基础上揉合而成的,现实性基础不强”。^{②5} 其四,即使所有的具体制度都能在民法典编纂中得到讨论,但如同民法典体系结构问题一样,其中依然存在“坚持的依旧坚持”的情形。甚至对一些争议不决问题的不同学术观点,很难在其中观察到衡量权重得当的“可计量多数”。其五,立法机关通过法律是对社会共识的制度确认,但若以“打包通过”的形式产生民法典,将在维持制度平衡与逻辑体系的前提下容纳更多的妥协性。对于那些事先未经充分讨论的具体问题,立法机关在表决通过法案时并不能完全识别与处理。

当然,所有的法理学说得否转化为法律规范,最终还是立法权力选择的结果。所以,以上存在于过程中的种种欠缺,可由立法机关的议决机制一并解决。但是,提交立法机关议决的民法典草案容纳的学界通说越多,将来民法典凝聚的社会共识也就相应的越多。然而,无论在民法典的体系结构层面,还是在民法典的具体制度层面,就我们仍在运用的集聚学界通说与社会共识的手段而言,其传统机制即使是有

效的,其作用也确实是很有限的。在民法典编纂中,“困难的是如何发现社会的价值共识”。^{②6} 这恐怕是法律创制中的传统困难,而当代社会科学成果与方法的繁荣发展、信息收集与处理技术的巨大进步,可以为克服这一困难提供新的可选择的解决方案。

本文试拟一个含有七个步骤的民法典草案形成方案,以有助于更为有效地选萃学界通说与集纳社会共识。第一个步骤:条文命名。将所有与民法典编纂涉及的法律、司法解释、学者建议稿中的现有条文以及编纂中新拟的条文,根据其假定情形、处理方案与概念内容,均一起个标题。“法律条文在起草之前就有一个标题,这个标题可以算作立法计划的一部分,是立法计划基础层面的方案。”^{②7} 法条命名便于编纂时的信息处理和体系编排,也便于讨论时的词语表达。第二个步骤:条文筛选。这一步骤的目的是筛出构成民法典体系的有效因子。一是准入性筛选,在所有既成的草案法条中,将适于纳入民法典的条文选出,在编纂民法典时予以编排处理;对于不适于放入民法典中或者放入特别法中更为合适的法条,在编纂民法典时则不予考虑。二是适当性筛选,对于所有拟纳入民法典的法条,可以运用大数据处理技术,将其应用程度与学理分析予以归纳整理,进而分成无争议类、争议不大类和严重争议类,然后分别采取编纂处理措施。第三个步骤:条文合并。对于名称相同的条文,或者名称及内容表述不同但其规范事项实质上相同或相似的条文,可以进行合并同类项处理。这一步骤提炼出构成编纂民法典的条文因子,不管民法典体系结构如何安排,民法典应有的条文总是这些条文,可以按照不同的体系结构方案进行编排组合。第

^{②4} 参见陈甦:《体系前研究到体系后研究的范式转型》,载《法学研究》2011年第5期。

^{②5} 孙宪忠:《制定民法典的主要难题》,载《法学》2003年第5期。

^{②6} 谢鸿飞:《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》,载《清华法学》2014年第6期。

^{②7} 张新宝:《民法典制定的若干技术层面问题》,载《法学杂志》2004年第2期。

四个步骤:条文分层。将所有拟纳入民法典的条文按照一般与具体的抽象程度,以提取公因式方式,分出有逻辑联系的条文间的层级。第五个步骤:结构编织。根据所有条文的规范事项、抽象层级、逻辑联系等,进行民法典的编、章、节、条、款、项的结构编排。以条文名称作为基础因子,按照民法典体系结构的不同学说,可以同时编出七编制、八编制、九编制甚至十编制的草案,然后进行比较分析以择出最优方案。第六个步骤:条文精拟。对于无争议的条文,重点进行文字加工;对于争议不大的条文,可以边讨论边确定内容;对于争议严重的条文,可以进行重点研究讨论以形成共识。第七个步骤:传导测试。对于编制完成的民法典草案,可以通过抽取任意条文,检测有逻辑联系的条文之间是否适配协调;可以通过法院模拟适用来检测民法典草案的应用性是否适当、有效性是否充分;可以通过实验性的实务运用和教学使用检测哪种体系结构的民法典草案更适于知识传达和法条检索。

上述方案在路径上是以条文为起点向上编结民法典的编纂方式,有别于传统的先确定编章主旨再演绎条文的向下编结民法典的编纂方式。这两种方案的运行机制是不同的,向上编结民法典的编纂机制更能体现集体智慧,向下编结民法典的编纂机制更依赖学术权威。在民法典体系结构争议难以达成一致的情况下,如果在体系结构上已然基于偏好采取了不同方案,却仍向下编结民法典,必然造成分歧思路引导下的失衡建构。而采行向上编结民法典的编纂机制,可以有效化解因体系结构偏好导致的民法典内容安排上的失衡。当然,以条文为起点向上编结民法典的编纂方式较为繁琐,需要收集和处理大量的相关信息,在前几个步骤中尤其如此。好在大数据时代为此方案的有效实施提供了技术支持和效率保障,而且这种技术

支持和效率保障在立法机关的强大组织能力下完全可以发挥得淋漓尽致。有学者指出,“民法典必须反映信息社会和大数据时代的特点。”^⑨进一步的阐释还应是,民法典不仅要在内容上反映信息社会和大数据时代的特点,而且在其形成机制上也要反映信息社会和大数据时代的特点。

三、确认经验与加速改革的互动共塑

编纂民法典,既是一个法治过程,也是一个改革过程。“‘全面深化改革’与‘全面依法治国’构成新时期社会前进车之两轮、事业腾飞鸟之双翼,显然是基于改革与法治之间内在统一性的科学认识而形成的实践态势。”^⑩编纂民法典是当代中国的一个重大法治实践活动,民法典的形成机制只能在法治与改革相辅相成的社会互动系统中得以存续和运行。因此进而言之,编纂民法典既是一个总结和确认改革与法治既有经验的过程,也是一个继续以法治引领改革和以改革完善法治的过程。

已经以法律形式确认和正在以法律形式确认的经验,是编纂民法典时首先要吸纳的立法资源。首先,对于现行民法体系中的基本法律,如《民法通则》《物权法》《合同法》《侵权责任法》等,就其法律规范的学理价值与实施经验进行归纳分析研究,将其中规范结构合理、条文表述得当、适用效用良好的部分,可以成体系或模块化地纳入民法典。其次,对于商法、经济法中的民事法律规范,就其立法与实施经验进行归纳研究,从中抽象出可以纳入民法典的一般法律规范。例如,对《公司法》《合伙企业法》《农民专业合作社法》等法律中的企业主体规范,抽象出一般规范纳入民法典法人制度中;对《证券法》《信托法》《旅游法》等法律中新的合同类型,可以经抽象后纳入民法典的合同制度中;对《农业法》《农村土地承包法》《土地管理

⑨ 王利明:《民法典的时代特征和编纂步骤》,载《清华法学》2014年第6期。

⑩ 陈甦:《构建法治引领和规范改革的新常态》,载《法学研究》2014年第6期。

法》的实施经验进行总结,将其中符合农村土地制度改革方向的制度规范,经整理后纳入民法典的物权制度中。再次,对于有关民事审判法律适用的司法解释,应将其中经过审判实践检验的具有一般民事法律规范性质的条款,在整理提炼后纳入民法典。最后,改革中已经基本成型并且可以法律化的经验,将其中的制度性措施予以法律规范化后纳入民法典。

民法典编纂机制中的改革导向与改革确认包括两种形式,一是选择性改革;另一是创制性改革。所谓选择性改革,是指制度设置具有改革性且有多重选择,但每一种选择都有例在先,民法典编纂时所要做的就是根据我国的实际情况进行权衡选择,一旦做出制度选择后就形成了制度变革。例如,诉讼时效期间应否延长,取得时效制度应否规定,胎儿的人格如何保护,胚胎移植的血亲属性如何确定,法定继承人范围应否以及如何扩大等等。这些制度选择当然具有改革性质,但这些制度有例可循,可以基于现实评估、域外借鉴、逻辑分析、利弊权衡和价值判断,在民法典编纂时决定如何选择。所谓创制性改革,是指在民法典的制度设置和规范设计时,面临对社会关系的重大调整,这种重大调整是进一步改革所必须,但是既无成型方案亦无先例可循,完全是对创新性改革进行法律确认与规范。例如,农村集体土地的权利制度,农村集体经济组织的主体制度等。在民法典编纂过程中如何进行创制性改革,是民法典编纂中最为重要也是最难以处理的机制构成。

在《物权法》制定过程中,对土地承包经营权、宅基地使用权的制度安排,基本上是对当时制度的沿用。例如,《物权法》第128条规定:“土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定,有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。”《物权法》第151条规定:“集体所有的土地作为建设用地的,应当依照土地

管理法等法律规定办理。”《物权法》第153条规定:“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定。”可见,《物权法》的相关规定除了“为今后修改有关法律或者调整有关政策留有余地”^⑩之外,其中并未体现应有的改革措施、改革指向甚至改革精神、基本的制度设置策略是适用其他法律的规定。《物权法》在农村集体土地制度上的保守做法,固然有可以理解的现实考虑,但是在民法典过程中应否将这一做法及其制度结果照搬到民法典中,笔者持否定的态度。理由是:(1)《物权法》对农村集体土地制度的规定,并不符合社会主义市场经济的基本规则与发展需要。对于编纂民法典,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》是将其作为“社会主义市场经济本质上是法治经济”的体现与任务而提出来的,民法典中的农村集体土地制度必须与整个市场经济体制相协调,能够适应市场经济的运行与发展,因此民法典绝不能照搬物权法上的农村集体土地制度。(2)《物权法》对农村集体土地制度的规定,无论是在价值导向还是在具体规范上,都与《物权法》的其他部分存在明显的不协调。在编纂民法典时,如果继续迁就这种不协调,就会损害民法典的实质完整性。(3)《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提出,“建立城乡统一的建设用地市场。在符合规划和用途管制前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价”;“保障农户宅基地用益物权,改革完善农村宅基地制度,选择若干试点,慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让”。这些改革取向与政策安排已经超越了《物权法》规定的局限,如果将《物权法》对农村集体土地权利的规定照搬到民法典中,则完全不符合当前改革的

^⑩ 王兆国在第十届全国人民代表大会第五次会议上做的《关于〈中华人民共和国物权法(草案)〉的说明》(2007年3月8日)。

目标指向。

同样的问题也发生在农村集体经济组织制度方面。改革开放以来确立的“以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,是适应社会主义市场经济体制、符合农业生产特点的农村基本经营制度”,^①然而农村集体经济组织的法律形式却没有得到与此相应的发展。立足于法律主体形式层面观察,农村集体经济组织既不是法人,也不是合伙或其他非法人团体,不能与现代民法所概括的主体类型相符合。农村集体经济组织不是一个完全的意思表示主体,如《物权法》第60条规定的可由村民委员会代表集体行使所有权;农村集体经济组织也不是一个有效的责任主体,不能以自己的全部财产承担民事责任。可见,农村集体经济组织在法律形式上是有严重缺陷的,还不能成为真正的市场经济主体。如果民法典仍依旧规把农村集体经济组织纳入其主体制度中,民法典主体制度必将是一个存有严重缺陷的制度。而且农村集体经济组织“其主体形态与现代民法科学无法衔接,这给物权法上集体所有权制度的建立造成很大不便。”^②因为无论民法典的物权编对农村集体土地做怎样的权利制度设置,现状依旧的农村集体组织都不可能成为一个符合民法典理念与体系的物权主体。

其实,农村集体土地制度和集体经济组织制度的改革进程与结果,对民法典内容的影响所及并不限于民事主体制度和物权制度,其对合同制度、婚姻制度和继承制度的内容也有重大影响。可以说,农村集体土地制度和集体经济组织制度是民法典中最为重要的子系统,民法典编纂不可能也不应当与其改革过程与结果相区隔。还可以说,农村集体土地制度和集体经济组织制度的改革一天不完成,编纂民法典就是一个在实质上不能完成的任务,因为这个时候的民法典只能有形式上的完整性,其中的结

构缺陷与逻辑障碍则在实质上割裂了民法典。

无论是根据《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》确定的改革目标,还是维持民法典基本精神、理念和原则的贯通性,以及维持民法典规范体系的内在统一性,民法典编纂过程必须与相关领域的改革过程同步进行。例如,在农村集体土地制度和集体经济组织制度的深化改革与民法典编纂之间,应建立观念上、组织上和立法上的有机联系,两者之间不能相互隔离而平行进展。这是维护民法典与现实社会密切联系的必要之举,否则就可能出现民法典的规定与农村深化改革后的社会现实不相符的情形;这也是确保民法典能有较强稳定性的必要之举,否则就可能出现民法典编纂甫一完成即要修改的情形。因民法典在社会主义市场经济法律体系中的重要地位,其编纂过程可以充分发挥立法对改革的引领与规范作用。例如,对于农村集体土地制度和经济组织制度的改革,可以在加快深化改革与及时充分总结经验的基础上,将有关农村集体土地制度和集体经济组织制度的改革安排直接在民法典中规定,然后通过民法典的实施将改革方案予以全面推行,完全不必采取先修改《农业法》《农村土地承包法》《土地管理法》等有关法律然后再搬进民法典的做法。

编纂民法典要与深化改革互动共进。把推进深化改革作为民法典编纂机制的有机构成,是关涉民法典所有具体制度建构的理念与方法,农村集体土地制度和集体经济组织制度只是其中一个最为重要最为明显的例子。把握好编纂民法典与深化改革的关系,才能更为充分地彰显中国民法典及其编纂过程的实践价值与时代意义。

四、结语

中国人的民法典之梦从来就是一个跨时空

^① 《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》(2008年10月12日)。

^② 马俊驹、周瑞芳:《制定民法典的指导思想及其体系构想》,载《吉林大学社会科学学报》2001年第5期。

之梦,几代法律人在提及中国民法典时总是产生超越中国场景的历史联想,那就是以世界民法史上的两个里程碑——《法国民法典》和《德国民法典》作为参照物。法国民法典是一部革命性的法典,开创了一个时代;德国民法典在法典编纂技术与民法学发展两方面,较法国民法典有显著的进步。^③“如果说《拿破仑民法典》是以‘革命的法典’立于人类最优秀民法典之林、《德国民法典》是以‘统一的法典和专家的法典’立于人类最优秀民法典之林的,那么我们制定的民法典将以‘改革的法典和进步的法典’立于人类最优秀民法典之林。”^④“如果说

19世纪初《法国民法典》和20世纪初《德国民法典》的问世是世界民法发展史上的重要成果,则21世纪初我国民法典的出台,必将在民法发展史上谱写光辉灿烂的篇章!”^⑤在当今时代,制定一个媲美甚至超越法国民法典、德国民法典的中国民法典,确有极大的现实可能性。但是,这仍需要民法典编纂过程的参与者以及能够对这一过程拥有影响力以至决定力的人、团体以及整个社会,拥有与梦想的中国民法典相称的宏大气度与精美技术,以及在此两端之间的理念、知识、技巧与合作能力。

The Epochal Character and Scientific Nature of Civil Codification Mechanism

Chen Su

Abstract: The question of how to codify the civil law is as important as the question of what kind of civil code should be formulated. The adoption of a civil code in the new era depends on a codification mechanism that embodies the characteristics of the new era. During the codification of the civil law in China, attention should be paid not only to the style, layout and the content of the code, but also to the construction and improvement of the codification mechanism. A civil codification mechanism that can produce an epoch-making civil code should be able to fully utilize the legislative resources, knowledge capabilities and technical possibilities available in the new era, attach equal importance to the improvement of legislative techniques and the embodiment of ideas, effectively integrate generally accepted theories into accurate social consensus and, at the same time, properly deal with the relationship between legislation and reform.

Keywords: civil code; civil legislation; codification mechanism; social consensus

(责任编辑:刘宇琼)

^③ 参见谢怀栻:《大陆法国家民法典研究(续)》,载《外国法译评》1994年第4期。

^④ 张新宝:《民法典的时代使命》,载《法学论坛》2003年第2期。

^⑤ 王利明:《民法典的时代特征和编纂步骤》,载《清华法学》2014年第6期。