

制定民法典的主要难题

● 孙宪忠

【内容摘要】 民法典应合乎市场经济的要求,制定民法典应从实际出发符合国情,应重理性、重科学、重立法技术。如果我们所采纳的民法观念和民法知识体系还没有从根本上跳出前苏联法的基本框架,如果我们不了解社会情况,未进行认真的社会调查,如果我们在起草中一味强调非技术化和所谓的“人性化”、“感性化”,那么民法典的制定是令人担忧的。

【关键词】 民法典 法律技术 同一主义 区分主义

我国正在制定的民法典引起社会极大的关注,这是很正常的,对于这一关系到社会基本关系的法律,不论是学术界还是一般的人民群众,都应该有权利发表自己的意见。但是有一些基本的问题需要特别予以关注。我认为目前民法典制定中还有三个大的难题需要我们共同来解决。

一、意识形态和法律政策方面的难题

民法的主要内容,是关于经济秩序的法律规范体系。但是建立在前苏联法学体系基础上的民法观念和制度体系,与市场经济条件下的民法观念和制度体系完全不同。我们现在虽然已经走上了市场经济的道路,我们的民法典当然必须按照市场经济的要求制定,但是我们所采纳的民法观念和民法知识体系,还没有从根本上跳出前苏联法的基本框架。坦率地说,我们长期受到前苏联法律意识、观念和体系的控制,而在改革开放以后,我国法学界从来没有彻底清理过这些残留物。依我看来,前苏联法对我们制定民法典的消极影响主要有如下方面:

(1) 前苏联法不承认公法和私法的区分,把一切法律均当作公法,这一点不但妨害了民法在整个法律体系中的作为基本法的地位,而且还妨害了我国整个法律体系的科学化。如果一切法律都是公法,那么最重要的公法当然是宪法,民法就只能是宪法下面一个可怜的部位法。但是如果承认公法与私法的区分,并以此为根据建立法律体系,就可以得出公法的基本法是宪法、而私法的基本法是民法的结论。所以在市场经济国家的法律体系中,由于承认公法与私法的划分,民法和宪法一样都是国家的基本法,民法绝不是部门法。另外,如果把民法也当作公法,那么民法当然应该像公法那样以命令服从关系作为基本规则依据,这样民法应该以强制性规范作为基础。但是这样做完全违背了民法的本质。其实前苏联法就是这样歪曲民法的,我们过去几十年的做法也是这样。对于这样一个近乎常识的概念,目前我国法学界几乎尚无人承认,主导的观点还是把民法只是当作一个部门法。

(2)前苏联民法不承认意思自治作为民法的基本指导思想,尽量压缩民事主体意思自治的空间,而在市场经济条件下的民法必须将意思自治作为基本的原则。前苏联人的法律意识形态,是社会每一个人的法律关系都与社会整体利益密切相关,所有的人际关系都是社会公共关系,所以个人所做的一切都必须服从社会整体利益的需要。因此前苏联不承认民法上的意思自治原则,社会的人所从事的民事活动,不但重大的经济活动需要批准,而且一些纯粹涉及个人利益、应该完全由个人决定的行为,比如婚姻行为,也要获得领导的批准,这种现象到现在还能看见。当时的民法学说对意思自治原则还进行了十分激烈的批判。当社会基本上没有意思自治的空间的时候,民法典也就无法制定出来。但是改革开放以来,尤其是建立市场经济体制以来,我国的民众已经能够享有广泛的意思自治。但是在我国目前出现的民法典方案中,意思自治的原则还没有得到承认。

(3)前苏联法不以传统法人规则建立法人制度,不强调法人的立法技术划分,而强调法人社会政治身份划分。在前苏联法中,法人不是按照立法技术来划分,而是按照其身份将法人划分为企业法人、社会团体法人等,但是就是不承认社团法人、财团法人这一科学的划分。这种不坚持科学的做法,不但给我国的法人制度建设造成严重损害,而且导致财团法人这一类型在我国民法中被蒸发的情况,而现实中的这一法人类型是非常多见的。由于立法有缺陷,我国各种法人规范至今难以全面建立,这种情况在现在的民法典方案中也没有得到解决。

(4)前苏联法不使用法律行为概念,而使用“民事法律行为”概念。民法上的法律行为制度,是以当事人的内心真实意思实现意思自治的基本制度,这一制度可以说是民法的精髓。可是前苏联法基本上不采纳确切的意思表示理论,将意思表示制度、法律行为制度简化到极端,其目的就是尽量压缩社会民众意思自治的机会。目前我国的民法典方案,这一方面仍然没有实质的改变。

(5)公共财产中,不作公用物与投资物的区分,模糊公共权力在社会管理关系中与经营关系中的根本区别。在法治国家里,纳税人交纳的税收不能用来谋取政府的私利,这就是当代法治社会“公权不得牟利”的原则,但是这一原则被彻底毁坏。因此我国至今存在大量利用行政权力创收的情况,民法本有可为,却无法作为。

(6)坚持以所有制的等级规定所有权,将所有权“三分法”,确定国家所有权、集体所有权、个人所有权的严格界限,确定不平等承认和保护的规则。这种情况直接损害了市场经济的法律基础。

(7)前苏联法甚至限制个人意思在亲属与家庭关系中的作用,许可政府对于亲属关系实施强大的行政管理(比如将婚姻登记而不是人的感情作为婚姻的正当性基础);尽量压缩亲属范围,是民法上的亲属范围被限制到极端,同时将不符合亲属范围的财产法定为公共权力继承。这一点,既不符合我国的国情,也不符合现实。但是现在这些问题还是没有解决。

(8)前苏联法律政策强调民法典立法的政治宣教作用,不重视立法的技术和质量。法律制定以“宜粗不宜细”、“宜短不宜长”、“成熟一个制定一个”作为指导思想。在这种指导思想下面,民法条文越来越短,越来越粗,失去了可操作性。这种情况虽然近来已经有极大的改进,但是立法质量不高的问题,仍然是一个痼疾。

当前中国最高立法机关聘请的民法典立法顾问中,绝大多数人具有前苏联法学的背景,虽然这些学者或者官员都是很高尚的人,但是他们对市场经济国家立法欠缺了解也是公认的。考虑到他们的年纪和体能,要求他们广泛而且深刻地接受新知识也是不可能的。

对于意识形态方面的问题,我认为,该是我们认真清理前苏联法的时候了!这种法学理论最大的缺陷,就是不从实际出发,依据单方面自圆其说的一套理论,看问题片面极端,简单地抛弃了人类历史数千年以来的法学知识结晶。现在,公法与私法的划分、意思自治原则、法人规则、法律行为规则、公共权力与民事权利的划分等基本问题,在我国民法学中已经没有任何的障碍,在这一方面,目前我们大家似乎都缺乏改变的勇气。

二、实践知识短缺

民法是直接规范市场经济和民间生活的基本法律,也是直接有法官运用的裁判规范的总和。所以民法是实践性、本土性最强的法律。正因为这样,民法典的制定必须进行社会调查,必须了解清楚我国本土的民法资源,这样一些重大的制度建设才不会脱离国情。因为民法是直接作用于社会的规则体系,因此必须要了解社会情况,制定的法典才能被社会接受。但是到现在为止,我们还没有作过认真的社会调查。

现有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,是一个很大的问题。我自己在近年来的法学研究中,曾经作过一些方面的调查,发现现行法律制度中,脱离实际的方面很多。比如土地所有权问题,宪法、民法通则和土地法等都规定了两种公有制,但是在实践中,有些偏远地区鼓励人们造田,提出谁造谁有的政策,农民在高山峻岭之中,可以说是“掏土造田”,造出许多“盆盆田”,解决了长期不能解决的吃饭问题。像这种“盆盆田”,农民造得十分辛苦,面积又十分狭小,法律强行要求所有权归属于集体,既不为当地群众理解,也没有太大的必要。另外,西北沙漠地区的造地、造林等,也是十分辛苦的工程,法律不许可民众个人取得林木所有权,违背了实行公有制的政治目的,也不利于生态的恢复。法律上的公有制只是一种手段,我国建立公有制的目的是为了消灭利用生产资料剥削他人的经济基础;农民自己在深山中用汗水造田、在沙漠中造林,与剥削他人毫无关系,法律不许可他们取得所有权,让人无法理解。

再如,我国城市中的土地使用权,法律规定的只有“划拨”、“出让”两种方式,但是据我调查,至少有九种方式。尤其是在国有企业改制后,以土地权利作为投资的方式越来越多,这种情况下形成的土地使用权,形态非常复杂,不能简单地用现行法律的规定概括。农村中的土地承包经营权,法律规定的只有一种形态,但是我在调查中发现,现实中为了解决经济发展问题,地方政府以及民众采纳了至少有六种不同的农村地权形式,从最方便流通的方式到绝对不能流通的方式都有。我国的国土资源部已经在这一方面进行了十分有益的试点,既获得了民众的认可,又促进了经济的发展。但是如果按照现行法律判断,可能这些积极的做法确实违法的。可以说城市中的土地使用权、农村中的土地承包经营权这样对于国计民生有十分重大意义的权利类型,现行立法和现实的做法已经基本脱节。类似的问题,在其他制度建设方面这样存在。显然如果不从实际出发,民法典的可行性是令人担忧的。

三、法律技术问题

民法的发展不仅仅是政治运动的产物,而且是法学科学及法学技术发展的产物。自从有民法典以来,民法典就是煌煌巨制,条文动辄上千个。这么多的条文依靠什么逻辑编纂成法典,这就是民法学独特的科学问题。从表面上看,这个问题是一个典型的法学技术问题,但是实际上涉及到对民法科学性一些最基本的范畴的认识。目前法学界就此问题开展的争论,可是说是围绕着这些基本的科学范畴的认识而展开的。

法律原始的定义就是公平和正义,所以法典的编纂,就是将法律的这一最根本的价值贯彻在社会关系的方方面面,形成一系列法律规则和制度;再将这些规则和制度按照他们自己的内在联系编纂成完整的系统。法典的编纂需要对现实社会关系的分析和归纳,需要从一系列个别的特性中抽象出一般的共同性质,这一切需要对法律上的特有范畴和手段的正确运用。所以民法典的编纂本身就是一门科学,民法典的编纂肯定要产生大量专有概念和术语,最后形成的法典,肯定是一个技术化的体系。但是科学的发展总是一个历史的过程,围绕着民法典编纂这一门科学的发展,立法科学上形成了不同的看法,我国目前民法典立法中的争议其实就是历史上各种观点的再现。

其实反对在我国编纂民法典的观点也是存在的。一些学者认为我国民法的编纂体例应该仿照英美法,因为英美法是判例法体系,它具有直观和感性的优点,没有那么多抽象的概念和技术化的体系,建立这种法律体系可能会容易些。但是这种观点可以说实践上是不可能的。对此可以以日本近代法制改革为例。日本近代改革其实是美国大炮的作用,因此日本开始建立现代法律制度就是学习英美法。但在不久即发现英美法让外国根本无法引进,因为判例法数目庞大(当时美国的有效判例多达30多万个),外来者很难掌握其逻辑。根据英美法学家们的看法,一个有效的案例(个案有效)最后形成有效的判例(普遍有效)大约需要150年,因为要把法官个人对公平正义的认识转化到社会普遍的认同需要很长时间。因为这些原因,日本放弃了英美法,开始接受当时世界上代表大陆法系成果的法国民法典(当时大陆法系民法典只有法国民法典)。世界各国普遍认为,英美法不适合别国主动模仿,只能依靠殖民地的扩张、宗主国的政治强力。但是反过来,建立在罗马法基础上的大陆法系,虽然概念抽象、体系复杂,却更容易学习引进。所以连英美人也认为“罗马法之所以被普遍接受,依靠的不是强权而是理性”。目前一些学者主张法律的非技术化、人性化、感性化,其实就是减少法律的理性化,这怎么可以?

在坚持大陆法系的立法模式的前提下,我国民法典究竟在采纳哪一种法典化立法技术,即德国法系还是法国法系的立法模式方面,目前也有争议。甚至有个别学者主张重回罗马法。罗马法以及建立在罗马法的法学阶梯学说基础上的法国法系,按照人、物、权利这样一种直观的规范模式来确立民法典的法律体系,它比较符合一般人对法律最简洁的认识,因为民法要解决的问题也就是这些问题。一般人看法律,首先看到的就是法律中的“人”的法律,然后是人的权利,最后是取得权利的方法,这一逻辑简洁明了。法国民法典就是这样编纂的。目前我国一些学者认为我们应回归这种所谓具有亲民性特征的罗马法。但是法典编纂本身就说明它不能是直观的、感性的,而只能是理念性的产物。现代社会人际关系日趋复杂,尤其在市场经济条件下,民法负担的使命越来越重,如果要民法典编制成具有稳定的可操作性的规则体系,最简洁、最方便的立法体系,恰恰不能是直观的规则体系,而只能是理性化的规则体系。

法国立法模式和德国立法模式的共同特点是他们都是建立在市场经济基础上的立法,他们的基本分歧主要表现在交易中财产关系的法律调整模式方面。法国法的立法理念是合同应该履行,这是罗马法的一个基本原则;法国法依据合同履行的结果必然导致物权变动这一点,建立了不区分物权和债权、不区分物权变动和债权变动的法律调整机制。所以在法国法中并没有物权与债权的区分,更没有物权变动制度与债权变动制度的区分制度,立法上只承认“广义财产权”,交易的法律只有合同。法国法的这一立法模式在国际上被称为“同一主义”或者“合一主义”(The Principle of Consensus),即依据一个法律根据同时发生物权变动和债权变动立法模式。

与此相对应的德国立法,其基本的立法理念是:(1)合同应该履行不等于合同必然履行,即合

同应该履行的观念不等于合同肯定能够得到履行的事实,因此应该将合同订立的法律效果和实际履行的法律效果予以区分。依据这一点,没有得到履行的合同也应该合法生效。(2)因为合同发生交易时,交易的实质不是物的移转而是物上权利的移转,物上权利的移转分为只对当事人发生约束力的请求权,和对第三人发生排斥力的物权。一项交易如果对第三人发生排斥力,则必须要进行物权公示,以保护第三人的安全。(3)交易的常见类型和典型类型是根据法律行为发生的,为清楚区分交易性质,必须就当事人的法律行为做出更进一步的区分,即将法律行为区分为物权行为和债权行为,物权行为以符合物权效力的法律事实作为其生效条件,债权行为以符合债权效力的法律事实作为其生效条件。(4)以此为根据,提出法律关系学说并建立不同法律关系的制度。因为民事权利尤其是财产权利的性质有物权和债权的清晰区分,法律上无法认可“广义财产权”的正当性;因为一个交易过程必须区分为债权变动和物权变动两个过程,因此必须就其法律根据予以区分。这就是“区分原则”,以前也被翻译为“分离原则”(Trennungsprinzip)。

同一主义的立法模式从表面上看容易理解,但是并不是这样。以抵押权的设定为例。当事人常常设定抵押权来担保债权人的债权优先实现,所谓优先,就是要让抵押权人比其他债权人优先受偿。但是如果抵押人和抵押权人之间如果只是订立了一个抵押合同,这个合同只有他们两个人知道,其他的债权人并不知道,那么为什么这个合同订立后就能够将其他债权人的权利排斥掉呢?这对其他的债权人有什么公平而言?又如一物二卖的情形,一个房地产开发商将房子多次出卖,因为买受人并不知道开发商和他人秘密订立的合同,所从买受人的角度看,这两个合同都应该成立生效;但是,根据同一主义原则,合同一旦成立生效买受人就取得了所有权,那么到底是哪一个买受人取得了所有权呢?类似这样的问题,同一主义的立法模式基本上无法从立法基本模式方面予以解答,而只能有从新建立许多民法典之外的附从法或者单行法来弥补其基本立法的缺陷。法国民法的立法就是这样,现在的法国民法,已经完全不能仅仅从法国民法典来看他的可操作性规范体系。

但是从德国法的区分主义原则来看,各种在同一主义原则立法模式中无法解决的问题都能够得到完满解决。比如抵押权设定这种比较复杂的案子,由于德国法严格区分物权与债权、物权变动与债权变动,抵押合同作为债权意义上的合同时,他因为当事人之间的意思表示一致而生效,如果一方当事人违约,只是抵押权未能有效设定,那么根据这个生效的合同,违约一方应该承担法律责任。至于抵押权的有效设定,则因为抵押权作为物权,他的设定要发生排斥第三人的结果,所以必须以不动产登记这种公示方式作为生效的要件,不登记者,抵押权不能有效设立。这样,一个抵押权设定的行为,必须根据其本质区分为抵押合同生效和抵押权生效两个法律事实,他们的生效的法律根据也必须明确区分:抵押合同以当事人的意思表示一致为生效要件,抵押权以不动产登记作为生效要件。其他涉及物权变动和债权变动的交易,也都依据这样的规则处理,这样既保障了交易的安全,也保障了交易的公正。

鉴于以上,中国民法典的立法要重视民法立法的立法技术。民法学作为一门科学有其特有的工作语言和立法技术,这种立法技术从分析和比较来看应该认为以德国民法为代表的潘德克顿法学是比较成熟,能够符合高度复杂的市场经济需求。目前中国立法没有采纳潘德克顿体系的成果,他严重地受到从日本引进的债权形式主义也就是折衷主义的影响,走上了一条法例上不科学的道路。比如,在物权变动与债权变动的关系问题上,立法和司法解释采纳了“不动产合同不登记不生效”、“动产合同不交付不生效”这种似是而非的规则。这种不科学的法理,给我国的实践造成了严重的损害(对此,请参见拙作《从几个典型案例看民法基本理论的更新》,载《判例》

杂志 2003 年第 3 期)。

在法学研究中和教学中常常听到批评区分原则违背民众感情的观点。但是只要是科学的,就应该被立法采纳。法律是给法官裁判案件用的,一般老百姓并不裁判案件。法官应该具备良好的素养,能够在复杂的交易事实面前有一套正确的应对措施。要让法官更好的理解法律,首先要提高立法的科学性和立法对于各种案例的处理能力。从世界各国民法典的立法比较来看,只有区分主义才有这个能力。

我国民法长期对于这种科学法理的批评,已经产生出十分消极的后果,比如新制定的合同法中出现许多不应该的错误。这里举个例子。东方航空公司向欧洲购买了数架空中客车 380 飞机,约定 2008 年交货。但是现在这种飞机在世界上还没制造出来,还在图纸上。那么这种合同有效吗?按照我国的合同法第 51 条、133 条、149 条、150 条,这种合同是不生效的,或者到时如果对方不交货并不承担违约责任,因为在合同订立时标的物还没成就,而我国的航空公司对这种情况是明知的,按照我国合同法的上述规定,我国公司应该承担责任。这种违背交易常识的错误,到头来只能损害弱者利益,只能不断地产生鼓励违约的结果。这种很浅显的立法错误出现在合同法中,就是立法法理不科学的原因。

区分主义的立法模式虽然一下子不容易理解,但是他的适应能力强,能够满足高度复杂的市场经济的需要。比如房地产开发方面的问题也是很复杂的。房子还没盖好就已出售,在盖房期间银行加入后设置按揭贷款,同时还设置了反担保,这样一个交易至少涉及了四层法律关系,有买卖关系、担保关系、反担保关系、借贷关系,这么复杂的法律关系不可能用一个简单的规则来解决。有人认为没必要制定那么复杂的规则,认为“杀鸡不用牛刀”。但是杀鸡用牛刀能把鸡杀死,但“杀牛用鸡刀”就不能把牛杀死。这个道理应该人人都懂得。

一些大叫对德国法说“不”的观点,认为这种技术化的东西是典型的德国式抽象思维的结果,只有德国人才懂。但是这一观点实际上贬低了中国人的哲学能力。我们中国人抽象思维能力在世界上是最高的,我们中国人谈到“道可道,非常道”这些非常抽象的道理的时候,世界上还没有德国这个国家呢!中国人是世界上哲学思维最好的民族之一,没有什么科学的东西是我们中国人不能理解的。所以别以“抽象不好理解”来吓唬我们。另外也不要以为自己不理解或者愿意理解的东西,别人都不会理解。民法概念体系、制度体系,以及它独特的分析技术、规范技术、编纂技术,是民法科学性的内在要求,科学不是常识,不能要求社会每个人或者说大多数人懂得并运用它,但是作为专门家的法学家,却不能不懂它,更不能借口普通人暂时不了解而否定它的意义。

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)

(责任编辑:傅鼎生)