



中国民法典的生活世界、 价值体系与立法表达

谢鸿飞*

目 次

- 一、 导言
- 二、 中国民法典的生活世界
- 三、 中国民法典的价值体系
- 四、 生活世界与价值体系的民法表达
- 五、 结束语

摘 要 民法典编纂的法哲学基础有自然法学和历史法学两种，但在实际操作中，两者并非楚河汉界。我国民法典要回应民众生活的需要，重点是体察并护持民众的人文世界与价值观念，同时通过体系化作业，最大限度获取法典的体系收益。民法典应以私法自治为核心，并尽可能兼顾正德、维和、厚生和利用四大传统价值。立法技术上应坚持民法的原则法地位，通过引致等方式接入公法与特别民法。民法典可借鉴晚近欧陆的弹性体制立法模式，明确法官自由裁量时应斟酌的因素，并引入习惯与学说作为补充法源，以使民法与社会生活同步。

关键词 民法典 自然法学 历史法学 法律渊源 私法自治

一、 导 言

1814年，蒂堡与萨维尼就德国民法典制定的必要性唇枪舌剑时，黑格尔隔空发言：“否认一个文明民族和它的法学界具有编纂法典的能力，这是对这一民族和它的法学界莫大的侮

* 中国社会科学院法学研究所研究员，法学博士。



辱。”⁽¹⁾ 2014年,中国大陆地区本已“渐行渐远”的民法典,⁽²⁾在各界扼腕与热望的多味情绪中,终于折身而回了。这个偶然的200周年,对所有关心民法典的国人尤其是数代民法学人而言,可能还具有浓厚的象征意义。我国民法学界以后讨论的问题也不再是“中国为什么需要民法典”,而是“中国需要什么样的民法典”——一个每个学人都有自己独立见解的开放问题。

19至20世纪的范式民法典都承载了“一个国族,一部法律”的政治使命,法国民法典甚至还分担了宪法的诸多功能。⁽³⁾吊诡的是,民法典虽然使持久的新政治与法律秩序得以可能,然而它的这种政治功能却可能是革命暴力的结果。⁽⁴⁾中国民法典虽然不再承担这种政治功能,但它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。在清明与平和的年代,通过法律而不是政治来推动改革与发展经济,已有成功的先例可循。⁽⁵⁾尽管中国民法典与范式民法典的很多目标相同,毕竟社会情势已沧海桑田,民法典要处理的疑难杂症的数量和种类之多,是200年以前以农业为主的社会无法比拟的。千禧年以来,老牌民法典的大幅修改及不断推陈出新的特别民法,都释放了这样的信号。

无论何时何地制定民法典,如何总结、回应甚至变革民众的社会生活,都是立法者思考的基础问题。编纂民法典首先需要素材,其次需要将这些素材转化为法律概念、规则与制度,最后进行体系化作业。在这一过程中,需要抉择的是规范内容,它涉及事实(民众的社会生活)和价值(民众的价值观念与法律感情)、守成与变革;需要进行法技术处理的是如何表达民众的需求。可见,民法典涉及三个核心问题是:社会生活、观念世界与规范的体系化,⁽⁶⁾对应于民法典的内在体系与外在体系——前者昭示核心价值,凸显社会的底线共识;后者确定形式理性,赋予法律以可预见性。

二、中国民法典的生活世界

(一) 民法典调整生活世界的两种法哲学基础

民法以市场经济与家庭关系为调整对象,涉及人生活的核心部分。因此,在所有的法部门中,它最关乎人的日用常行,是“生活的百科全书”、“生活的圣经”,为人处世之方、待人接物之法 and 安身立命之术尽入其彀中。⁽⁷⁾尽管所有民法典都具有这种品格,但如何规范生活世界却

(1) [德]黑格尔《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1996年版,第220页。

(2) 参见柳经纬“渐行渐远的民法典”,《比较法研究》2012年第1期,第140页。

(3) See D. Canale (et al) eds., *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600 ~ 1900*, Springer, 2009, 158ff.

(4) 伯尔曼敏锐地指出,西方历史上周期性地通过非法暴力来推翻既定的秩序,但最终产生的是稳定的法律制度,每个西方国家的政府和法律制度都源于这种革命。参见[美]伯尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第23~24页。

(5) 美国在经济发展的黄金时期,就是通过变革传统普通法来推动经济与社会发展的,参见[美]莫顿·J.霍维茨《美国法的变迁:1780-1860》,谢鸿飞译,中国政法大学出版社2004年版。

(6) 社会生活当然包括行动者的观念,本文区分两者是为了强调法律必须契合民众的观念世界尤其是价值体系。钱宾四先生也将“古代生活与古代观念”并列,参见《中国文化史导论》,商务印书馆1994年版,第三章。

(7) 参见邱本、崔建远“论私法制度与社会发展”,《天津社会科学》1995年第3期,第52页;王利明:“法治现代化需要一部‘百科全书’”,载《人民日报》2014年9月25日,第5版。

有如下两种不同的法哲学基础。

1. 自然法学

众所周知，成文法典很大程度上是启蒙思想的产物。启蒙思想的核心之一即认为人类社会与自然界一样，存在关于社会结构与人类行为的规律，一旦这些规律被发现并被尊奉，社会就将繁荣富强，个人将获得尘世的幸福，甚至各种相互龃龉的价值也将全部实现。这是启蒙运动的承诺。启蒙时期自然法的一大特征即将人类社会等同于“自然”，由于自然规律永恒不变，具有普遍性，“人为”攀附了“自然”就意味着社会稳定、人类进步与个人幸福。受此影响，人文世界是以数学化方式被整体把握与控制的。⁽⁸⁾ 社会科学也遵循“几何学模式”或“几何学精神”。⁽⁹⁾ 在理性法时期，格老秀斯、普芬道夫等人主张，法律包含了数学中的一致、对称与和谐观念，天赋观念既可以建构数量关系，也可以建构法律领域的真理“法律有如纯算术，因为关于数及其关系的算术学说包含着一种永恒和必然的真理，即使整个经验世界被毁灭……这种真理也不受影响。”⁽¹⁰⁾ 普芬道夫还拟定了一般性的自然法理论体系，其基础是神学与伦理的公理，之后即按照严格的演绎方法推导出具体规则。⁽¹¹⁾

几何法学最核心的特征是“体系思考”。耶林指出，体系是法律素材最完美的形式，它具有三个特征：①体系是素材最生动、最清晰的形式。体系就如同人的身体，它清晰、完整地编排法律材料。②体系是素材最恰当、最简要、最集中的形式。③体系是素材最明显的形式。⁽¹²⁾ 成文法典集中体现了这种思想，它以特定的价值为出发点，首先形成法律原则或元规则，构成法典的基座；其次形成法律规则，它们是原则在具体行为情景的运用。范式民法典因而是一个倒金字塔结构，其底座为基本原则，其上为具体规则。通过这种方式，零散的各种人类行为被赋予意义，并被统一到预先设定的整体意义秩序中，所有行为都呈现出系统性和内在一致性特征。普鲁士普通邦法、法国民法典和奥地利民法典被视为自然法的成文作品，就是因为它们都是对自然法的演绎或实证化。这些民法典的详略与抽象程度虽然存在较大差异，如普鲁士普通邦法19000多条，奥地利民法典1000多条，但其共同特征是以预定的理念和价值（自然法，natural law）设计法典具体的自然规则（natural laws）。

2. 历史法学

历史法学产生于德国民法典制定时期的学术论战，它立论的基础是批判自然法学的国家观与法律观。其核心论点之一，是认为自然法学中的国家与法律都是没有“人影”的，泯灭了国家、民族与个体的多元性和个性。

历史法学的法律观可以简要概括为一个比喻：法律是有机体，即法律和生物一样，是在人

(8) 参见〔德〕埃德蒙德·胡塞尔《欧洲科学危机和超验现象学》，张庆熊译，上海译文出版社1988年版，第37~39页。

(9) 参见舒国滢“论近代自然科学对法学的影响——以17、18世纪理性主义法学作为考察重点”，《法学评论》2014年第5期，第14~24页。

(10) 〔德〕卡西勒《启蒙哲学》，顾伟铭等译，山东人民出版社1988年版，第230页。

(11) 参见〔德〕维亚克尔《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》（上），陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第315页。

(12) Vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Bd. II, 8 Aufl. Darmstat, 1954, 383ff.



的实践活动基础上生成并不断自我更新的有机体。法律必须以特定的社会土壤为基础,它不可能被“创造”,只可能被“发现”,任何权力都不能恣意干涉它的生长。民族的生活经验、民族精神与民族意识是法律生长的核心要素。由此,法律与社会并非两个独立的领域,法律就是社会生活中实际发挥效用的规则,只要人类社会有秩序与安定的需求,法律就会出现,并非先有国家,后有法律。“法律是把人们团结在一起、确定尘世关系的纽带,在人类出现时,法律就出现了。”⁽¹³⁾

作为民法典的基础,自然法学与历史法学截然对立,这是流传多年的法学通说。实际上,历史法学并不反对自然法学的理念和价值观,相反,萨维尼也承认“诚实生活、不害他人、各得其所”是康德意义上的“道德律令”。⁽¹⁴⁾然而,按照这种价值公理设计民法典存在两个问题:一是依靠空疏的自然法理念如公正、和平、尊严、平等、自由等设计具体规则,难以确保都符合自然法理念。二是即使可以设计出具体规则,不同族群与民众实现自然法价值的方式与手段的特殊性也会消失。历史法学设想的民法典不过是对民众本真社会生活与人文世界的记载,按照萨维尼的说法,“在不同的时代,在同一民族中,法律乃是自然之法(natural law),与我们的‘自然规则’(law of nature)的意义不同。”⁽¹⁵⁾所谓“自然规则”,其实就是民众的日用常行。

如所周知,历史法学的民法典理念在德国并没有开花结果,概念法学最终取代了历史法学。⁽¹⁶⁾德国民法典作为潘德克顿法学的“晚生子”,标志着德国法律形式主义与实证主义的兴起。它通过“提取公因式”对各类典型社会行为做了最大程度的抽象,抽离了法律规范适用的全部具体因素,没有时空,没有语境,没有个性,无古无今,亦古亦今,如同自然科学发现的规律一样,可以四海普适。与罗马法一样,它是没有祖国的“世界法”。只要有“人”存在,只要有交易,就有德国民法典,“现代罗马法的精神”——“德国民法的精神”就会生生不息。

德国民法典的传播几乎都是各国主动选择而非被动殖民的结果,这一事实说明:人类社会只要存在,作为类的“人”就一定具有人类学、生物学上的共性,也分享大致差不多的核心价值。“日光之下并无新事”就使“资治通鉴”成为可能。在与萨维尼的论战中,蒂堡就认为,法律虽然应反映民族精神与时代背景,但是,除了个别具有地方特色的制度(如农庄和某些地役权)外,民法典的很多内容是纯粹的法律数学,谈不上有任何地方特色,如所有权、继承权、抵押、合同等,所以法典应是统一的、抽象的。⁽¹⁷⁾

(13) G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen, Die Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk*, Bd. I, 3 Aufl. Leipzig, 1850, S. 17.

(14) Vgl. Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Duncker & Humblot, Berlin 1983, S. 35. 罗马法的这一法谚也是自然法的核心要素,参见 Thomas Hobbes, *On the Citizen*, Cambridge University Press, 1998, p. 50ff; Leibniz, *Political Writings*, tr. and ed. By Patrick Riley, Cambridge University Press, 1972, p. 56.

(15) (德) 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001 年版,第 10 页。

(16) 德国民法典制定时期的罗马法学派与日耳曼法学派之争,参见谢鸿飞 《法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社 2012 年版,第 85 页及以下。

(17) 参见(德) A. F. J. 蒂堡 “论制定一部德意志统一民法典之必要性”,傅广宇译,《比较法研究》2008 年第 3 期,第 144~160 页。

（二）中国民法典对生活世界的调整

历史法学最重要的意义在于它将法律从自然科学中拯救出来，并赋予其充分的人文意义，这与德国精神科学的基本观念相同，即“与自然相对立，文化或者是人们按照预计目的直接生产出来的，或者是虽然已经是现成的，但至少是由于它所固有的价值而为人们特意地保存着的。”⁽¹⁸⁾同时，它还揭示了一个朴素的道理：法律就是社会生活中起着实际效用的规范；被制定出来的法律规范要真实运行，也必然要关注法律赖以运行的社会环境，尤其要与民众的观念世界一致，因为法律与科学、宗教、意识形态、艺术等一样，都具有强烈的文化指向。“法律就是地方性知识”，“地方”不仅仅是指时空等物理要素，也是指“特色”（accent）⁽¹⁹⁾“特色”无非是“民族精神”的微缩版，是对人文世界赋予的意义。故，法律规范应当以并且只能以涵养人性、呵护人生作为唯一终极目的。与其他部门法不同，民法典规范的是民众的生活，它是生活的常态、常规与常例，其背后是常识、常理与常情⁽²⁰⁾所以，“在一部伟大法典的背后，不是某位伟大的政治家，或者某位优秀的立法官员或者学者，而是这部法典赖以产生的社会经济与历史文化传统。”⁽²¹⁾就此而言，我国民法典的编纂有以下三对关系须妥善斟酌。

1. 世俗生活的实用理性与法典的理论理性

我国历来世俗理性发达，毕竟“修齐治平”对绝大多数人都是遥不可及的政治理想，甚至是完全流于礼仪与文字层面的训诫，“过日子”才是真实的生命流程。因此，传统中国并不重视对社会生活的逻辑与抽象理论的建构，不追问“是什么”，而是关心“怎样做”。⁽²²⁾它并不凸出“手段—目的”理性，也并不彰显价值与感情，而是一个群体为适应环境发展起来的一套关于社会生活的经验，即“中庸”之道：一种适宜的、本应如此的合理状态。⁽²³⁾在知识分类上，这种社会经验可称为“实用理性”（李泽厚）或“实践理性”（亚里士多德），属于难以交流或交流起来不经济的“默会之知”或“身体记忆的知识”，是“习得的知识”而不是“学得的知识”。⁽²⁴⁾它们无须专门学习，每个自然人在社会化过程中逐渐通过模仿、互动与角色化等行动，被潜移默化而获得这种经验。

既然民法典是社会生活的百科全书，其规则设计理念就必然是“不离日用常行内，直造先天未画前”（王阳明语），即将法律世俗化，解构传统的“礼法体制”，营造一个意义自恰而自

(18) [德] 亨里希·李凯尔特《李凯尔特的历史哲学》，涂纪亮译，商务印书馆1991年版，第20页。

(19) 参见[美]克利福德·吉尔兹“地方性知识：事实与法律的比较透视”，邓正来译，载梁治平编：《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店1994年版，第130页。

(20) 参见许章润“法的概念：规则及其意义——梁漱溟法律思想研究之一”，《华东政法学院学报》2004年第1期，第12页。

(21) 易继明“历史视域中的私法统一与民法典的未来”，《中国社会科学》2014年第5期，第131页。

(22) 如在《论语》中，樊迟、子路等人向孔子问仁十余次，孔子每次的回答都是具体的做法，而不是仁的抽象意义。如“出门如见大宾，使民如承大祭”（《颜渊·二》）。黑格尔对孔子的评价是“孔子只是一个实际的世间智者，在他那里的思辨的哲学是一点也没有的——只有一些善良的、老练的、道德的教训，从里面我们不能获得什么特殊的東西。”《哲学史讲演录》（第1卷），贺麟、王太庆译，商务印书馆1997年版，第119页。中西哲学家的差异清晰可辨。

(23) 不了解这一点，就很难明白孔子何以“肉割不正不食”。

(24) 参见苏力“知识的分类”，《读书》1998年第3期，第96页。



足的法律规范体系。⁽²⁵⁾ 若将民法典作为百科全书,且将世俗生活理解为一种实用理性,就必然面临如下两大问题:

其一,既然每个民族的社会生活就在眼前,民法典就不再具有规绳矩墨的功能,那么民法典何为?对此可以从两方面解释:一是民法典调整的市场与家庭中的事项,并非每个主体在社会化过程中都会全部经历,尤其是很多交易形态是大多数人不可能涉足的,如融资租赁等。民法典要成为百科全书,就必须尽可能囊括产生民事权利义务的社会生活,并将其规范化。二是民法典作为民族生活的记载,能将“整个国族编织而成法律共同体,蔚为关于身份建构、地缘政治、民族认同及其文化单元的普遍主义法律结构。”⁽²⁶⁾而且,民法典也将使社会生活中暧昧不明的规则明晰化,进一步促进社会生活的理性化,为司法裁判提供准则。

其二,实用理性与民法典体系建构的理论理性如何融合?实用理性并不考虑普世的真理,相反,它本身就源于知识的局限性,而理论理性则依靠人类固有的理性能力,可以保障规则的普适性。尽管如此,民法典编纂使用的理论理性与实用理性并不矛盾。即使对繁文缛节的交往礼节,古代人也可以将其固化成“礼”,其原因在于可以对行为进行类型化处理,从中提炼出一般规则。民法典从市场关系中抽象出一般规则就更为容易。家庭关系的法律化难度较大,民法典只能将身份关系处理为成员之间的财产关系,在这一过程中,成员之间血浓于水的情感将流失,然而这类情感并不在民法典或其他任何法律的调控范围。可见,民法典将世俗实用理性转化为理论理性并没改变世俗生活,只是统一了司法裁判的尺度,增强了社会生活的透明度,因为理论理性作用的范围只是使来自世俗生活的规则体系化。

2. 历史、现实与未来

范式民法典时期的一个立法假定是:历史可以通过废除以往的法律而被消灭,只要吸收了以往不合理法律中的合理成分,一个全新的法律制度就会建成。⁽²⁷⁾对后发现代化国家而言,这是非常有吸引力的观念。然而,历史是无法忘却的,个体是历史的产物,民族也是,国家亦复如是。没有人类,就没有历史;同样,没有历史,人类不成其为人类,民族、国家亦不可能存在。“人是社会的动物”意味着人也是“历史的动物”。历史在当代的留存,最重要的并非有形的文物,而是各种无形的结构,包括心性结构和社会结构。它们还可能成为“超稳定结构”,构成现代行动的决定性内容。布罗代尔断言“今日世界的百分之九十是由过去造成的,人们只在一个极小的范围内摆动,还自以为是自由的、负责的。”⁽²⁸⁾虽然有些矫枉过正,却也说明了一个简单的道理:历史是我们的文化基因,是我们难以摆脱的“现实”,它对国家与法律的意义也相同“构建国家、更新国家或改革国家,这方面的学问像其他任何一门经验科学一样,是无法用先验的方法传授的。阅历太浅,也不能掌握这门实践性的学问。”⁽²⁹⁾

(25) 参见许章润“中国近代法制的世俗理性主义”,《清华法学》2013年第6期,第62页。

(26) 许章润“论现代民族国家是一个法律共同体”,载许章润主编《民族主义与国家建构》,法律出版社2008年版,第25页。

(27) 参见〔美〕约翰·亨利·梅利曼《大陆法系》(第2版),顾培东等译,法律出版社2004年版,第28页。

(28) 〔法〕布罗代尔《15至18世纪的物质文明、经济和资本主义》(第1卷),顾良、施康强译,生活·读书·新知三联书店2002年版,张之联“序”,第18页。

(29) 〔英〕埃德蒙·柏克《自由与传统:柏克政治论文选》,蒋庆、王瑞昌、王天成译,商务印书馆2001年版,第70页。

民法典参酌历史经验应重点考察的对象有二：一是蕴含了丰富民族习俗与文化心理的人身关系。在亲属与继承这两个固有法领域，“民法出，忠孝亡”（穗积八束语）的告诫言犹在耳。我国的《婚姻法司法解释三》[法释（2011）18号]对夫妻婚前财产的处理激发的举国争议就是一个明证。⁽³⁰⁾又如1985年的《继承法》第10条将法定继承人限于近亲属，似乎也有违我国的传统人伦关系。二是对典型交易以外、现实生活中不常见的财产关系，也应参酌历史经验，如拾得物规则。⁽³¹⁾

民法典需回应现实生活需求，这近于老生常谈，然而要真切实现这一任务也相当不易。这不仅要求民法典总结现实，还要为未来的发展留下空间；不仅要复写现实规则也要发展规则。如德国民法的物权行为规则就满足了德国工业化后的交易需求，即使让与担保成为可能而裨益企业融资，也在善意取得制度确立之前保障了交易安全，减少了买方的调查成本。⁽³²⁾此外，民法典还应考虑新技术条件对社会生活的影响，如在互联网和物联网技术高度发达的今天，动产物权公示手段可望解决，规定动产抵押制度就相当有必要。

“我们研究法学及探讨任何一国法律，可以分作三个步骤，先考察它‘过去如何’，‘现在如何’，再进而观察它‘应当如何’”。⁽³³⁾民法典的编纂也要求立法者在过去、现代与未来三重视界中逡巡，“知有陈迹而不知有今务”和“知有事实而不知有理想”都是必须避免的。⁽³⁴⁾

3. 民法典与行政管制

传统民法典几乎以不存在国家管制为前提，单以自由的个体为依据设计规则与制度，这与19世纪严格区隔国家与社会、政治与经济的政治理论一脉相承。按照这种观念，政治不能干预经济，否则就将同时消灭政治和经济两个领域的自主性。⁽³⁵⁾我国很早就有学者论述了民法典限制国家权力滥用的功能，认为民法典会使市民权利与国家权力达成一种平衡，从而形成有秩序的自由。⁽³⁶⁾然而，今天国家与社会的关系远远超越了这种制衡模式，可以用“互嵌”形容，即你中有我，我中有你。其中最典型的是公私合作，它以私法手段完成公法目的，既改变了自由法治国家时期的秩序行政和社会法治国家时期的给付行政模式，也使国家作为民事主体的范围进一步扩大。

在我国，国家广泛介入经济生活的范围之广、方式之复杂、手段之多，在立法技术不醇熟时，已足以使民法典沦为公法私法耦合和交融的“混合法”。目前，我国大多数民事单行法尤其是物权法，夹杂了很多公法规范，⁽³⁷⁾这不仅使我国民法在立法技术上公私法杂糅，而且也无法

(30) 参见强世功“司法能动下的中国家庭——从最高人民法院关于《婚姻法》的司法解释谈起”、赵晓力：“中国家庭资本主义化的号角”、马忆南“婚姻家庭法领域的个人自由与国家干预”，《文化纵横》2011年第1期，第24页及以下。

(31) 参见前注〔16〕，谢鸿飞书，第254页及以下。

(32) Vgl. Prange, Friedrich Carl von Savigny und das Abstraktionsprinzip, in: Hoeren, Thomas (hrsg.), Zivilrechtliche Entdecker, 2001, 78ff.

(33) 居正“为什么要重建中国法系”，载氏著《为什么要重建中国法系——居正政法文选》，中国政法大学出版社2009年版，第44页。

(34) 参见梁启超“新史学”，载《梁启超史学论著四种》，岳麓书社1985年版，第243~244页。

(35) See Nicos Poulantzas, *Political Power and Social Classes*, London: New Left Books, 1973, pp. 151~152.

(36) 参见徐国栋“民法典与权力控制”，《法学研究》1995年第1期，第69页。

(37) 参见孙宪忠“制定民法典的主要难题”，《法学》2003年第5期，第44页。



实现立法者敬重管制的目的。因为管制基本上是与特定时空、特定事项相关的权宜手段，纳入高度稳定的民法典，反而会因为法典难以修改而导致新的行政目的落空。民法不能忽视国家管制，并不意味着民法典必然要规定管制的具体内容。比较妥善的方式是民法典通过“引致”等方式容让公法，但并不纳入公法的具体内容，在我国行政体制改革没有完成之前，这些内置规范相当于特洛伊木马，会将公法规范甚至民事政策源源不断地输入民法。当然，在必要情形，民法典也可以附带辅助管制政策，如惩罚性赔偿制度不仅有助于对产品质量和食品安全的管控，而且也顺应了受害人中心主义的侵权法发展潮流。

三、中国民法典的价值体系

(一) 中国民法典的核心价值：自由

1. 自由作为私法的核心价值

“自由”是民法典的灵魂。⁽³⁸⁾ 民法典假定的主体，是两个同样自由、理性、自律、平等的人。他们是被抽象出来的社会“平均人”，个体的所有差别都消弭于无形，这也是“从身份到契约”的由来。对由于自由引发的竞争，民法典持中立态度，即便双方之间因经济、知识、资源运用等差异导致力量悬殊，也完全适用优胜劣汰规则。

“自由”是社会与民法的构成性原理，也是民法作为“部门宪法”的核心价值。它要求民法典保障个体最大程度采取主观行动，实现其意愿。在民法上，它体现为所有权自由、契约自由、结社自由、过错责任、婚姻自由、遗嘱自由等。它是一种排除不当干预的消极自由，并不要求主体积极追求与实现自己的权利，与公民人文主义要求公民积极参与各种共同体决策的积极自由相对。在捍卫自由价值方面，民法典最难平衡的是侵权行为中受害人的权益保护与加害人的行动自由，在我国社会保障与商业保险尚未充分覆盖侵权损害时，这一问题更为棘手。值得注意的是，“自由”也意味着民法典应尽可能为当事人之间提供实体法上的解决机制，如确立合同解除与抵销时的异议规则、占有返还请求权等。

2. 自由与宪法价值

虽然今天的民法典已不可能像法国民法典那样承担宪法功能，但宪法价值作为社会的基本共识，在民法典中亦应适用。民法典应依宪法价值设计有关人格尊严与平等、财产权保护等规范，日本修订民法典增设性别平等原则作为法律解释的依据即为明证。实际上，即使民法典未明文规定，合宪性原则也当然适用于民法解释。

现代社会结构的发展、人权保障的扩张已使宪法在私法领域的效力成为一个难题。在民法领域，最重要的问题有二：一是强有力的经济组织在合同领域内对私人平等权的侵害，某些情形与来自国家的侵害已不相上下；二是私主体行使言论自由权对他人隐私权、名誉权的侵害。对此，德国学者甚至认为，“私法的立法者承担了这样的宪法任务：通过具体方式把基本权利规范，转换为一种对私法关系参与者具有直接约束力的法律。”⁽³⁹⁾ 美国法则直接将这类行为称为“国家行为”(state action)。在我国，私人是否承担保护他人平等权、教育权等基本权利的义务，还容深入讨论。但在立法层面，民法典无须纳入宪法规范，否则不仅有损宪法的权威，而且也

(38) 参见王轶“自由——民法典的灵魂”，《求索》2003年第1期，第64页。

(39) K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg 1998, S. 27.

破坏了法律体系。

3. 自由与私法的实质化

继马克斯·韦伯之后，维亚克尔提出了著名的“私法实质化”概念，甚至认为它已使传统私法最核心的部分变得荒芜。⁽⁴⁰⁾ 实质化即私法超越了个人自决和自治的目标，致力于实现实质正义，如确保生存权、保护弱者等。它的背景是私主体在现代社会中被“卷入”到相互依赖的社会关系中，其自由受强大的社会功能系统过程和大型组织宰制。

私法实质化涉及的弱者主要是未成年人、妇女、老人等亲属法主体和承租人、雇员（劳工）、消费者等交易主体。现代民法的重要发展之一是通过特别民法或民法典本身保护弱势群体，而民法本不应以职业、身份为依据区分当事人的权利义务关系，这是它与依据身份拟定职责和义务的公法的重大差异：

涉及警察、工业、劳动或公务员的公法依据我的职业对我进行归类，但在私法规则上，我却是生产者或消费者、一家之主或私宅的拥有者、体育俱乐部会员或职业联合会成员或旅客，在上述每种情形，我都拥有与这些不同情形相应的、特别的权利和义务。我因此而利用的私法制度，如契约、财产、成员身份与侵权责任——可能是相同的，但是，根据典型情境和所涉及领域的公共内容，却具有不同的功能和不同的法律评价。⁽⁴¹⁾

传统上，民法典排除对弱势群体的保护主要基于两个理由：一是角色的互换性，即民事主体在交易中的角色随时可能变化，一时为买方，一时为卖方；二是民法对社会与伦理因素的考量，将使民法丧失中立性，也与整个民法的教义学体系不兼容。因此，对特殊人群的照顾，应交由单行法和特别法来解决。但是，民法典是原则法，有原则也有例外，常态与异态的关系并非一成不变的，立法者如果体察到规则已经出现质变时，就有修法的必要了。⁽⁴²⁾ 若法律对弱势群体的特殊惠遇已成为全社会的共识，这些新规则已获得“新自然法”的地位时，民法典也可以考虑将其纳入，至少是简要规定一般规则。⁽⁴³⁾

特别民法对自由的限制有时并非国家管制，而是社会内部自发演化的结果。⁽⁴⁴⁾ 它针对的并非私人主体对国家的义务，而是国家对双方当事人利益的协调。它也未必一定是追求实质平等，而可能是为了在当事人之间确立更合理的游戏规则，如缔约过失责任和合同法中的保护义务。这种基于社会关系演化而产生的新规则是我国民法典编纂需要认真对待的。

(40) Vgl. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M. 1974, S. 5 [德] 弗朗茨·维亚克尔《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》（下），陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第588页。

(41) L. Raiser *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971, S. 29.

(42) 参见苏永钦“民事立法者的角色——从公私法的接轨工程谈起”，载氏著《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，第13页。

(43) 参见谢鸿飞“民法典与特别民法关系的建构”，《中国社会科学》2013年第2期，第98页。

(44) 参见〔德〕贡塔·托依布纳、顾祝轩“私法的社会学启蒙：对谈当代著名法学家托依布纳”，高薇译，《交大法学》2013年第1期，第7页。



(二) 中国民法典的新价值体系之一：正德、维和

现代民法典已经很难仅仅考虑“自由”，而对其他价值漠然视之，事实上，范式民法典本身就内置了体现其他重要社会价值观念的规范，如承租人保护、利息限制的规范等。我国民法典一方面应坚持以“自由”作为基本价值和构成性原理，另一方面，在对法典体系不造成重大冲击的前提下，应多关注传统价值与社会主义核心价值观在民法中的适用。本文将“正德、利用、厚生、惟和”（《尚书·大禹谟》）这种古典表述，略作改动后用以阐释现代民法的其他价值。其目的是表明，传统价值在现代依然值得珍视，而且可“日日新”。

1. 尚德

“正德”意为“尽人之性，以正人德；尽物之性，以正物德”（《中庸》），本文将其改为“尚德”，用以表明民法典对社会道德的考量。

现代社会精神世界最主要的问题之一是：一方面，工具理性尤其是经济理性过于发达，市场从社会关系中“脱嵌”出来，成为支配性的资源配置方式⁽⁴⁵⁾导致了“异化”生态（马克思）和“铁笼”困境（韦伯）。另一方面，用来界定行动目标的传统价值理性，在原子化的社会难以继续维持其作为客观准则的功能，甚至还因为价值冲突产生了可怕的灾难。⁽⁴⁶⁾

尽管范式民法典本身就以康德的道德律令为基础，但这仅仅限于满足“人是目的”的伦理要求。法律与道德的区隔以及国家对私人的善和德性持中立态度，使“权利先于善”成为普遍命题。民法典调整的市场关系是对美德要求最低的社会机制，它对道德上的“应然”只做最低程度的限制。在家庭领域，民法典对成员之间的温情、关怀、体恤等美好情感，亦只能做财产化处理；对传统孝道中的“孝子事亲，晨省暮参，知饥知渴，知暖知寒，忧则同戚，乐则同欢”（《太公家教》），民法只能将其作为强制性的“赡养义务”或将继承遗产的数量与赡养义务挂钩（《继承法》第13条；“常回家看看”义务的法定化（《老年人权益保障法》第18条）则备受诘难。

民法典对其调整领域的道德要求，基本上采取了“己所不欲，勿施于人”这一黄金规则，但民法的践行与适用未必导致道德滑坡。即使以促进市场交易为鹄的民法规范，最后也可能因促进经济发展而使私主体“仓廩实而知礼节”，因为交易作为文明的产物，会使交易主体在交易中恪尽俭朴、节约、节制、勤劳、谨慎、安分、秩序等道德要求，所以，“哪里有善良的风俗，哪里就有商业。哪里有商业，哪里就有善良的风俗。这几乎是一条普遍的规律。”⁽⁴⁷⁾

民法典是唯一能广泛引入道德要求的部门法。它对道德的引入主要是通过确立公序良俗这一基本原则，来调整权利滥用行为、设置保护客体范围极广的故意背俗侵权行为、防止违反公序良俗的习惯成为法源。此外，在具体规范上，民法典亦可考虑当事人关系的具体情况，运用诚实信用原则将道德规范上升为法律的强制要求，如合同法上的保护义务。

(45) 参见〔英〕卡尔·波兰尼《大转型：我们时代的政治与经济起源》，冯钢、刘阳译，浙江人民出版社2007年版，第63页及以下。

(46) See Bellah (et al.) , *Habits of the Heart* , Harper & Row , 1985 , p. 284.

(47) 〔法〕孟德斯鸠《论法的精神》（下册），张雁深译，商务印书馆1995年版，第15页。恩格斯也指出，资本主义生产过程越发展，“就越不能采用作为它早期阶段特征的那些小的哄骗和欺诈手段……商业道德必须发展到一定水平”，虽然资产阶级这样做并不是因为道德而道德，而“纯粹是为了不白费时间和辛劳”。恩格斯“《英国工人阶级状况》1892年德文第二版序言”，载《马克思恩格斯选集》（第4卷），人民出版社1995年版，第419页。

2. 维和

“维和”即儒家的普遍和谐观念，包含自然的和谐（物物合一）、人与自然的和谐（天人合一）、人与人的和谐和人身心内外的和谐。与民法有关的和谐包括人与人的和谐和人与自然的和谐。

（1）人与人的和谐

民法典是权利法，当事人之间往往互为利益关系的相对人，处于经济上的矛盾状态。现代民法一方面禁止权利滥用，一方面通过设置双方均承担的观照对方的保护义务，在一定程度上纾解了因权利行使产生的矛盾。更高的理想是，“权利并非以邻为壑，而是以邻为友。把对方作为相应的义务承担人，即是视为制度性的合作伙伴，视为社群的积极分子，视为一个和谐的部分”。^[48] 要实现这种和谐，民法典具体规范在配置当事人的权利义务时，就应更多地将他们视为利益共同体，而非对立的利害关系人。

除了财产关系外，实现家庭关系的和谐也应成为民法典努力的目标。但民法典介入家庭关系的程度极其有限，道德与人伦才是家庭关系的调节工具。民法典调整的家庭关系既有夫妻之间的平等关系，也有父母子女之间的“民事屈从关系”。^[49] 后者由于不具备任何平等的要素，不可能、也无必要实现平等，相反应承认保护关系的价值，以不对称保护制调整家庭关系。^[50] 当然，这种意志屈从关系并不足以改变民法调整关系的平等性，因为民法的“平等”是法律地位的平等，并非双方实力的平等。

苏俄 1918 年和 1926 年分别以单行法形式颁布了家庭法和监护法，导致亲属法长期游离于民法典之外。这种立法例也为包括我国在内的社会主义国家广为继受。民法典纳入家庭关系存在两大难题：一是市场逻辑与家庭逻辑完全不同，前者重在促进自由和增进效率，后者以保护弱者权益和维护家庭稳定为目标，因此纳入民法典可能使家庭关系市场化。^[51] 但民法典也完全可以不用交易规则来调整最亲密的自然人之间的财产关系，而是将家庭视为成员休戚与共、唇亡齿寒的共同体，依紧密关系而不是以对价来确定财产分配。二是家庭关系的分殊性使其体系化程度差，法律无法将其与典型财产关系一样做抽象提炼并规范。但民法典对家庭关系的调整范围相当有限，通过设置亲权、监护义务、抚养扶养赡养义务，也可以实现体系化——况且体系化并非价值本身，而是实现法律价值的手段。

（2）人与环境的和谐

近代民法典以自由主义为基础，而自由主义本身无法解决环境正义问题，民法典对环境的保护仅限于事后损害赔偿一途；加之它以私人财产权为中心，反而还在法律上支持了生态损害。近年来，民法典的“绿色化”亦为学者深切关注，《绿色民法典》应运而生，其“绿色方案”颇有新意，如通过规定计划生育义务来控制超过资源承载能力的欲望主体的产生、通过脑死亡标准控制欲望主体的数目，以节省医疗资源和其他资源等。^[52]

[48] 参见夏勇《人权概念起源》（修订版），中国政法大学出版社 2001 年版，第 193 页。

[49] 参见徐国栋“论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心”，《中国法学》2011 年第 5 期，第 159 页。

[50] 参见徐国栋“家庭法哲学二题”，《法制与社会发展》2010 年第 3 期，第 44 页。

[51] 参见巫若枝“三十年来中国婚姻法‘回归民法’的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统”，《法制与社会发展》2009 年第 4 期，第 67 页。

[52] 参见徐国栋“认真透析《绿色民法典草案》中的‘绿’”，《法商研究》2003 年第 6 期，第 8 页。



我国民法典的“绿色化”较可行的思路为：一是扩大民法典生态损害的预防功能。可借鉴《欧洲侵权法原则》第2:104条，将受害人为预防生态损害而支出的费用纳入环境侵权损害赔偿范围。二是明确将生态损害纳入侵权责任的保护范围。可借鉴《德国环境责任法》第16条第一款，规定侵权人应赔偿恢复环境的费用，以增加环境侵权的成本，遏制环境侵权行为。三是规定所有权行使时应负担生态保护义务。四是明确相邻环境损害中的“容忍限度”标准，以与环境侵权衔接，并可通过法院依据情势灵活调整两者之间的关系。

当然，民法典对生态的保护功能并不突出。儒家将仁爱的对象扩大到草木禽兽等有生之物，追求天道与人道的和谐，“相看两不厌，唯有敬亭山”（李白）与“举杯邀明月，对影成三人”（李白）的不朽章句就映照了“民胞物与”（张载）的深切关怀。但民法典不可能触及如此深邃的情思，也与“孔颜之乐”和“曾点之志”关系不大，它只能促进较底限的人际和谐与天人和谐。

（三）中国民法典的新价值体系之二：厚生、利用

1. 厚生

“厚生”本意为经世济民，使生民富足充裕。它反映的是“民惟邦本，本固邦宁”的民本思想，在民法典中应体现为“人民的福祉是最高的法律”（西塞罗语）。学界通识也是，中国未来的民法典应克服传统民法的财产中心主义，以人的保护为民法典的基础；⁽⁵³⁾ 民法典应以人文关怀为价值理念，注重对人的自由和尊严的充分保障及对弱势群体的特殊关爱。⁽⁵⁴⁾

民法典中的“厚生”价值主要体现为：

其一，赋予民事主体更多的客观权利。现代民法的特征之一即权利尤其是人格权的扩张，如确立隐私权、采光权、日照权等。但在增设新权利时，必须考量权利保护与行动自由的冲突，因为任何新权利的确立，都意味着行动空间的减缩。此外，也应审慎处理国家的人权保护义务与私主体的普遍服务义务的关系。目前，能源（尤其是电力）、电信等领域的公共事业者的普遍服务义务已经成为一项法定义务，对应于自然人的基本人权，但这种义务的真正主体应是国家而非公共事业者（合同当事人）。因此，若私法将国家的保护义务转化为公共事业者的强制要约和强制承诺义务，公法就应明确国家与公共事业者的关系。

其二，强化对弱势群体的保护。我国目前处于转型期间，全面的自由竞争确实容易使长期依赖行政权力的弱势群体遭受巨大的风险与打击，同时，由于经济发展水平的制约，他们无法受社会保障的充分保护，因此，利益衡量倾向于弱势群体，无可厚非。即使信奉最彻底的自由主义的国家，也难免采取某些父爱主义的措施。⁽⁵⁵⁾ 然而，民法保护弱势群体的正当性也存在价值冲突：一方面，它冲击了以康德主义为基础的私法主体的自治与自律美德（尤其明显的是消费者的反悔权），另一方面，它彰显了道义力量与国家治理伦理。因此，民法应审慎对待法律父爱主义，如在侵权法领域，应当以负外部性、高度危险性、信息偏在为标准确定是否保护弱势群体。⁽⁵⁶⁾ 鉴于前文所述的理由，民法典中的弱势群体保护规范主要包括两类：限制利息、租

(53) 参见薛军 “人的保护：中国民法典编撰的价值基础”，《中国社会科学》2010年第6期，第117页。

(54) 参见王利明 “民法的人文关怀”，《中国社会科学》2011年第4期，第149页；朱岩 “社会基础变迁与民法双重体系建构”，《中国社会科学》2010年第6期，第151页。

(55) 参见〔美〕理查德·A·波斯纳 《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第30页。

(56) 参见吴元元 “法律父爱主义与侵权法之失”，《华东政法大学学报》2010年第3期，第133页。

金、禁止流质等传统规范；特别民法中已达成共识的规范。

2. 利用

“利用”即物尽其用。现代消费主义最重要的技巧，是把人的“欲望”（desire）打扮成“需要”（need）。“需要”限于获得体面生存必须的物资条件，其原则是“够了就好”；“欲望”却要求物资“多多益善”，并且追求物资的品质，使消费成为社会地位与幸福指数的标志。现代民法不仅无法遏制消费主义，反而还有推波助澜之功：它废除了传统民法对“浪费人”行为能力的管制、鼓励分期付款买卖的发展。⁽⁵⁷⁾ 由此更加剧了人的欲望的无限性与资源有限性的矛盾，也使物尽其用的任务更为艰巨。

我国民法典在“利用”方面可以考虑：①克服反公地悲剧，即公共资源或共有物上产权或权利人过多，因权利人相互制衡导致资源虚置、效率低下的现象。⁽⁵⁸⁾ 在共有制度、部分征收导致剩余财产无法有效利用、遗产分割等场合，均存在反公地悲剧。②增强用益物权和担保物权的约定内容，以利于土地和担保物的使用。③鼓励担保物与债权的自由流转，但涉及消费者的债权流转应受必要限制。

四、生活世界与价值体系的民法表达

（一）如何发现真实的社会生活与价值观念？

中国民法典要总结并回应民众的生活，面临的核心难题是如何发现切实的社会生活，体察民众真正的价值观念。社会中的交易形态和家庭结构相对容易总结，困难的是如何发现社会的价值共识。在我国政治、经济、社会与文化全面转型期间，“需要并且一定会产生与现代都市社会相适应的、同时凝聚这个社会的日常共识的基本社会规范。”⁽⁵⁹⁾ 但是，社会的分化已使价值领域的“诸神之争”日益激烈，康德的“绝对命令”或“定言命令”在很大程度上沦为自问自答，实际上很难经得起普遍化检验。夸张地说，只有多元主义才是唯一的普遍价值。

在不能达成共识时，“操之过急反而会吧需要进一步变动的不完善的现状加以固定化，或者造成事后反复修改不已”，⁽⁶⁰⁾ 但除非有足够从容的时间来积淀共识，民法典只能对某些重要问题作出抉择，否则就只能做宽泛的原则性规定，这又必然使民法的功效大为减损，故抉择方式与程序就成为重要问题。

凝聚共识的方法最终只能是有效的理性沟通。哈贝马斯试图通过交往理性，引入商谈机制解决真理、善与正当性等终极形而上问题，⁽⁶¹⁾ 罗尔斯亦通过重叠共识排除分歧，取得共识。⁽⁶²⁾

(57) 参见谢鸿飞“现代民法中的‘人’”，载《北大法律评论》编辑委员会编《北大法律评论》（第3卷第2辑），法律出版社2001年版，第144页。

(58) 参见张烁“从‘反公地悲剧’到‘困局经济学’——赫勒‘反公地悲剧’理论研究的脉络”，载《北大法律评论》编辑委员会编《北大法律评论》（第14卷第1辑），北京大学出版社2013年版，第159页。

(59) 苏力“纲常、礼仪、称呼与秩序建构——追求对儒家的制度性理解”，《中国法学》2007年第5期，第50页。

(60) 季卫东“破彼执著，乃入真实——旁观民法典编纂之曲折”，《书城》2003年第2期，第46页。

(61) 参见（德）哈贝马斯《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，董世骏译，生活·读书·新知三联书店2003年版，第358页及以下。

(62) 参见（美）罗尔斯《政治自由主义》，万俊人译，译林出版社1996年版，第142页及以下。



然而这些想法要落到实处难度很大,在现实中,唯一可操作的是法制史上的立法讨论。如德国民法典草案公布以后,从1888年到1896年,约有400多人、80个团体参加了法典讨论。⁽⁶³⁾ 联邦司法部搜集的批评意见就有6大卷,此外还有3卷官方意见。德国民众的热情让千里之外的梅特兰颇为羡慕“那时德国人除了襁褓之中的民法典之外,没什么其他东西可写……德国的这一切,让我们有很好的理由羡慕(也许是嫉妒)我们的邻居。”⁽⁶⁴⁾

民法典规范的事项几乎不涉及哈贝马斯等试图处理的国家与社会建制原则,从经验上看,引发争议的问题主要有:一是与意识形态有关的经济制度,如我国《物权法》制定前沸沸扬扬的争议。二是与利益集团相关的事项,如德国民法典讨论时期,绝大多数意见来自法律专家和农业、建筑业等利益团体。⁽⁶⁵⁾ 民法典涉及的这类事项并不多见。三是涉及人格与家庭的事项。如“同命不同价”、婚姻中第三者的损害赔偿等。四是改变社会普遍观念的规则。假如我国引入《欧洲侵权法原则》第4:103条,确立必要情形的见义勇为义务,可以预见将引发何等热烈的争论。遗憾的是,我国引发社会广泛关注的争议主要是以网络为平台,往往有“沦为广场狂欢式民主之虞”,⁽⁶⁶⁾ 不仅难以达成共识,反而可能加剧分裂。这也是哈贝马斯和罗尔斯的思想难以贯彻的原因,因为它们的前提是,讨论者具有成熟的公共理性。

立法者要了解真实的社会生活,体察社会真实的价值观念,最好的方法是深入不同价值立场的人群,通过移情方式,理解其诉求及其成因,去除其个体经历与情感因素,回到事实本身的利害关系。唯有理解了不同群体行动的“主观意义”,才能充分了解社会。⁽⁶⁷⁾ 这种意义是“平均或近似于实际意向”,按照不同的意义关联,可以依据经验事实建立科学的、普遍的行为类型。⁽⁶⁸⁾ 民法典的客观性基础也正是人们共同的生活经验与社会的意义体系,“推己及人”与“由人及己”使理解成为可能。在这一过程中,最需要警醒的是移情过度导致的价值偏向,尤其是在利益团体层出不穷、需求越来越复杂的现代社会。

最难拿捏的,还是立法者在社会中推行与固有观念相矛盾的新制度和规则,如诉讼时效与“欠债还钱”、债的相对性与“父债子还”的冲突。⁽⁶⁹⁾ 此时,立法者的审慎美德与革故鼎新的冲动确实使抉择变得艰难。

(63) See Michael, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of the Civil Code*, Oxford University Press, 1987, p. 105.

(64) F. W. Maitland, “The Making of the German Civil Code”, in Fisher (ed), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol: 3, Cambridge, 1971, p. 480.

(65) Vgl. Schubert, *Das Buergerliche Gesetzbuch von 1896*, in: H. Hofmeister (hrsg), *Kodifikation als Mittel der Politik*, Hermann Boehlaus, 1986, S. 16.

(66) 徐涤宇 “新世纪十年中国的民法典努力”,《杭州师范大学学报(社会科学版)》2011年第4期,第53页。

(67) 参见(德) 马克斯·韦伯 《社会科学方法论》,韩水法、莫茜译,中央编译出版社1999年版,第60、23页。

(68) 参见(德) 韦伯 《社会学的基本概念》,顾忠华译,广西师范大学出版社2005年版,“导言: 韦伯的社会行动理论”,第12页。

(69) 民初大理院的裁判饶有趣味: 若父已死,子应还; 未死,但父子分产异居的,不还。参见陈琦妍 “债权相对性的规范、法理与实践——以民初大理院的裁判为中心”,台湾政治大学2009年硕士论文,第150页。

(二) 民法典如何表达社会生活与价值观念?

1. 民法典的多重法源

民法典作为社会生活的裁判法，在立法理性永远有限而法律修改艰难的约束条件下，应充分尊重法律之外的法源。

(1) 习惯

实证法一统天下是立法万能主义者的理想，也是非常有吸引力的观念，因为承认社会中的“活法”必然对实证法的权威构成挑战，可能伤及国家权威，如法国民法典、德国民法典均未明确习惯的地位，奥地利民法典还明确排斥习惯。但我国幅员辽阔、民族众多的特性决定了习惯的普遍存在，正所谓“性相近，习相远”。

在立法上，《物权法》第85条和第116条规定相邻关系和孳息取得可以适用习惯。《合同法》有9个条款涉及“交易习惯”；《合同法司法解释二》[法释(2009)5号]第7条明确将习惯分为交易习惯与行业习惯。《婚姻法司法解释二》[法释(2003)19号]第10条规定了彩礼这一习惯。在实践中，物权法上的习惯包括物权先占取得、⁽⁷⁰⁾典权等；合同法上的习惯包括内蒙古一些牧区将羊作为等价物订立合同；⁽⁷¹⁾在继承法上，一些地方法院依据习俗认定“长孙当子”的继承顺位，或依据哈萨克族民俗习惯认定幼子继承全部财产。⁽⁷²⁾此外，除少数民族和农村的特有风俗外，商业实践中还存在大量的商事惯例，需要法律明确其地位。如我国的《建设工程施工合同(示范文本)(GF-2013-0201)》借鉴FIDIC红皮书，其第19条规定的索赔期间明显比我国法定诉讼时效期间短，而依我国现行法，诉讼时效为强制性规定，这就可能直接导致索赔期约款违法。可见，若不确立习惯的法源地位，在我国极其普遍适用的合同约款都将面临无效的命运。

未来中国民法典应该借鉴《瑞士民法典》第1条，明确规定习惯的法律地位，⁽⁷³⁾可从两个层次规定：一是一般性规定习惯的法源地位，其条件是不违反公序良俗；二是在具体规范中，确认习惯具有排除或变更法律的效力。如我国台湾地区“民法”的物权编涉及习惯物权的条款多达14条，日本民法典也有9条。令人遗憾的是，在政局动荡、战乱频繁的清末和民初，民商立法也已大规模的民商事调查为基础，而我国目前的民商事立法都不再进行习惯调查。在民法典编纂之际，习惯调查的立法传统值得赓续。此外，在民事习惯的普遍性与功用足以使其上升为法律制度予以推广时，如让与担保制度，立法者毋庸吝啬，应及时给其法律名分，而不必受制于典型担保与非典型担保这种人为区分。

(2) 判例与学说

在老牌民法典国家，民法发展最重要的特征之一，是法官通过大量的判决补充或修改了成

(70) 参见曹义荪、高其才：“当代中国物权习惯法——广西金秀六巷瑶族‘打茅标’考察报告”，《政法论坛》2010年第1期，第117页。

(71) 参见戴双喜、巴音诺尔：“论牧区以‘羊’为‘等价物’的交易习惯——兼论民事习惯与交易习惯之结构层次关系”，《法学杂志》2010年第11期，第86~89页。

(72) 参见董淳铎、陈胜蓝：“放宽法律的视野：民俗习惯在我国审判中运用的现状研究”，《西部法学评论》2008年第6期，第29页。

(73) 参见刘作翔：“传统的延续：习惯在现代中国法制中的地位和作用”，《法学研究》2011年第1期，第56页。



文法,法官法几乎取得习惯法的地位,甚至还引发了对民法典存在意义的怀疑。⁽⁷⁴⁾我国的判例虽然尚未达到这样的影响程度,然而最高人民法院的司法解释承担了类似的功能。判例因其直观、明确等优点,对增强法律适用的统一性的功能可能会远远超过司法解释,毕竟任何法律条文都存在弹性空间。鉴于我国并非判例法国家,难以将判例作为法源,可考虑的是将学说作为法源,判例则可通过学说承认而悄然升格为补充法源。

2. 民法典的形式

民法典表达社会生活与价值观念应“本诸公平精神、顺乎国情民生、有效捍卫私权、切实促进公益的民事法律秩序,而非追求法典自身的完美。”⁽⁷⁵⁾但是,以法教义学为基础的民法典体系对维护我国司法裁判的统一、减少找法成本的效益都非常明显。尤其是目前我国法官还处于“不患其不能自由,惟恐其不知科学,不患其拘泥逻辑,惟恐其没有概念”⁽⁷⁶⁾的阶段,民法典的表达方式更值得深思。

(1) 原则与具体

民法典的技术风格可以分为三种:一是德国民法典的抽象体系,其特征是接近法学教科书的总则—分则结构,由抽象进入具体。我国学人最为熟稔。二是普鲁士普通邦法为代表的决疑式风格。法典巨细无遗,将立法者所能设想到的事项一网打尽。英国著名法学家哈特把这两种模式分别称为“青蝇之眼”和“苍鹰之眼”,可谓形神兼备。三是介于两者之间的弹性体系(bewegliches System/flexible system),其特色在于对那些仅规定抽象事项的规范,明确说明法院裁决时应衡量的因素,尤其是立法者考量的各个因素的权重,它既可适用于构成要件,也可适用于法律后果。⁽⁷⁷⁾其优点在于既可以防止民法典的条文过于细碎,也可以避免一般条款对法律安定性的损害。⁽⁷⁸⁾《欧洲侵权法》第2:101条对侵权责任保护的法益的规定就是显例。

抽象性风格贵在简明,而且因为简明,法律规范的开放性和解释空间就极大,但失之不确定;决疑式风格贵在细致,法律安定性极强,但体系化程度的低下使其徒有法典之名,难以获得法典的体系化效应。综上,我国民法典应取法二者之间,以弹性方式为宜。

(2) 通俗与专业

民法典既然是社会生活的记载与表达,它就基本不具有引导行为人如何行为的功能,仅具有裁判法功能“绝大部分的民法规定不以影响人民的行为为目的……,既不要‘使由之’,又何需‘使知之’”?⁽⁷⁹⁾民法典既然主要是为裁判者立法,基本上不要求普通成员遵守,故不应追求通俗,向民众解释法律及其原理的任务应由教科书完成。⁽⁸⁰⁾真正重要的问题并不是专业与通

(74) Vgl. Horn, Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch, NJW 2000, S. 40; Stuermer, Der hundertste Geburtstag des BGB—nationale Kodifikation im Greisenalter? JZ 1996, S. 741.

(75) 苏亦工 “得形忘意:从唐律情结到民法典情结”,《中国社会科学》2005年第1期,第123页。

(76) 王伯琦 《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第168页。

(77) Vgl. Franz Bdyliniski u. a. (Hrsg.), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, 22ff.

(78) 参见〔日〕山本敬三 “民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察”,解亘译,载梁慧星主编《民商法论丛》(第23卷),金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第235页。

(79) 参见苏永钦 “私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向”,《中外法学》2001年第1期,第94页。

(80) 参见朱庆育 “民法典编纂中的两个观念问题”,载《北大法律评论》编辑委员会编《北大法律评论》(第4卷第2辑),法律出版社2002年版,第567页及以下。

俗，而是在于如何用精准的语言表达，裨益法律文义解释的统一。法律的语言再通俗，若不经过法律解释，也难以理解法律的现实运作。《合同法》的语言虽然通俗，然而诸多条文的适用也必须经过法律解释才能明确，如其第410条规定委托合同的当事人有随时解除合同的权利，但解除时应赔偿损失。这里的损失是否包括可得利益，立法并没有明确，只能参酌学理与判例。自然，民法典也应摒弃我国立法“宜粗不宜细”的传统，使其不至于甫一出世就被众多司法解释架空。

五、结束语

大陆法系民法典曾经的宪法功能、民族统一和身份认同的效用俱为陈迹，但是，它的民族史诗地位，它的民族—法律共同体象征意义，始终未克减。民法典对我国市民社会的真正形成和市民精神（进一步，公民精神）的培育，对民众的鲜活生活和未来愿景的涵养和护持，其意义无论用何等最高级的褒义形容词描述都不过分。民法典若能建构民族的法律—道德共同体，使民众生活在民法典中，而不觉任何制约或强力，才堪称“百科全书”或“生活圣经”，也才是民众需要的民法典。

对民法典的宏观建制，学界的共识或可概括为：一是民法典必须揭橥私法自治的价值，而且体系上必须开放。民法典既要成为交易游戏规则，也要成为人权的守护神；⁽⁸¹⁾ 既尊重现实生活，也乐见社会对价值达成新共识。⁽⁸²⁾ 二是民法典必须体系化与科学化。⁽⁸³⁾ 民法典的编纂之所以对法学家构成挑战，就因为它对法学的苛刻要求。

在信息化年代，网络的存在可能使我们不再需要百科全书式的学者，温德夏特、胡贝尔、蔡勒等民法典创作者也许难觅踪迹，然而，民法典的“光荣和不朽只有可能是属于我们的”，毕竟只有中国这个泱泱大国在21世纪还没有民法典。⁽⁸⁴⁾ “制定一部足以与拿破仑民法典、德国民法典鼎足而立的中华民族的民法典”，⁽⁸⁵⁾ 是数代民法学人共同的心愿。目前，民法学界面临的巨大挑战是，如何使民法典的编纂成为一项伟大的事业，而不是应景的政治任务。我国制定民法典的情势，或许不容我们如范式民法典时期那般淡定与从容，但民法典是一件艺术品，需要法律人观照社会生活和民族精神，不断积淀对规则和制度的细节共识。无论如何，萨维尼反对德国民法典的理由依然掷地有声：与其率尔操觚制定民法典，不如没有民法典。伟大的民法典不可能出自性急的法律人之手。

(81) 参见王家福 “21世纪与中国民法的发展”，《法学家》2003年第4期，第8页。

(82) 参见江平 “制订一部开放型的民法典”，《政法论坛》2003年第1期，第3页。

(83) 参见梁慧星 “松散式、汇编式的民法典不适合中国国情”，《政法论坛》2003年第1期，第9页；王利明 “中国民事立法体系化之路径”，《法学研究》2008年第6期，第72页；孙宪忠 “我国民法立法的体系化与科学化问题”，《清华法学》2012年第6期，第59页。

(84) 参见易继明 “民法典的不朽——兼论我国民法典制定面临的时代挑战”，《中国法学》2004年第5期，第60页。

(85) 谢怀栻 “大陆法国家民法典研究”，《外国法译评》1994年第3期，第1页。