

民法典的外部体系效益及其扩张

谢鸿飞

内容提要: 民法典是事实、逻辑和价值的统一。外部体系和内部体系都是描述性概念,在立法过程中,外部体系的建构可以相对独立。民法典的体系效益主要体现为拓展法律的调整范围,保障法律自治、自洽和自足,最终强化法律的拘束力和安定性。在复杂社会中,民法典的体系效益更为明显。体系效益源于民法调整范围的综合性、规范内容的层次性和法律意义的脉络性,民法典的体系效益高于民事单行法。民法典有决疑法、原则法和抽象法三种风格,抽象法最能增进体系效益。民法典依据调整事项,分别设定一般条款、固定构成要件条款和弹性条款,可使体系效益最大化。在外部体系上,中国民法典应尽可能保持纯粹私法性质,剔除公法条款,删除无益的引致条款;避免过度抽象和过度具体,既增加重要规则的供给,又提升对新情势的适应力;尽可能采用完全法条,以裁判规范为主;法条表达的精确与通俗不能得兼时,精确优于通俗。

关键词: 民法典 外部体系 法律的安定性 概念法学 动态体系 债法总则

谢鸿飞,中国社会科学院法学研究所研究员。

一 导论: 民法典的底限标准

新中国第四次民法典编纂工程启动前,已有数量可观的民事单行法,故学界对编纂民法典的价值多有怀疑,一种强有力的主张是起草“松散式、邦联式”的民法典,即汇编各单行法,无需追求体系,⁽¹⁾民法典编纂的重点无非增删补缺,如此不仅立法可计日程功,而且修法也刃迎缕解,可谓事半功倍。2014年,中国决定编纂民法典,学界对放弃指导性案例、法律重述、制定示范法等民法完善路径,亦不乏惋惜之情。⁽²⁾《民法总则》通过后,全国人大常

(1) 参见梁慧星《当前关于民法典编纂的三条思路》,《中外法学》2001年第1期,第9页。

(2) 参见张谷《对当前民法典编纂的反思》,《华东政法大学学报》2016年第1期,第7页、第8页注5。

委会法工委民法室勤勉从事,陆续完成民法典分则各编的《室内稿》(以下简称《室内稿》)。然而,对中国民法典编纂中较为明显的汇编色彩,甚或从编纂转向汇编的忧虑,似乎始终未能彻底消解。在所有中国法中,惟民法将被冠称“典”,但到底什么是民法典?或者说,一部法律要满足哪些底限条件,才能称之为民法典?这是民法典编纂应达成的基本共识。

被称为“法典”的法律种类芜杂,甚至连家族相似都不存在:汉谟拉比法典和德国民法典的观念、内容和表达天壤悬隔;按照字母区分主题,依据卷、章、节、条顺序编排法条的美国法典,在欧洲只能被称为法律汇编(digest, consolidation等)。因此,为避免“中国古代有无民法”之类的争议,有必要首先界定民法典。

现代意义上的法典滥觞于启蒙运动。狄德罗等人主编、1779年出版的《百科全书》将法典界定为“以普遍方式体现法律”,但体现方式迥异,至少包括五种形态。⁽³⁾后世学者多从法典的要素入手界定,又分为结合法治原则的界定和纯粹对法典的界定。前者较为典型的观点认为,法典包括如下要素:①权威性,即必须由有权机关制定,民间文本不能成为法源;②整全性,即一览无遗的调整某个或多个社会领域;③体系性;④革新性;⑤统一性,即统一相关领域的法律;⑥简洁性。⁽⁴⁾后者如认为法典应具有调整事项的综合性和依循逻辑和科学方式编排法条的体系性、超越个案主义的抽象性、对现有规范的革新性等。⁽⁵⁾几乎所有对法典的界定均强调两个根本特征——综合性和体系性,前者要求法典调整其权限内的全部事项;后者强调条文的理性化编排和表达、法条之间的融贯性和关联性。⁽⁶⁾1815年,边沁结合拉丁文名词codex和动词facere,创设了“法典化(codification)”一词,用以表达兼具整全性和体系性的理想法典。在他看来,欧陆诸国民法典都不是法典,不仅因为它们没有贯彻功利原理,而且其体系性也没达标。⁽⁷⁾

在形式上,作为理想类型的民法典,是运用醇熟的理论理性,体系化组织和整合法律素材的产物。其底限要求是综合性和体系性,前者往往又被后者吸纳。贝格尔(Jean Louis Bergel)据此循名责实,将民法典分为实质民法典和形式民法典。前者重视超越具体个案的普遍规则,是一个理性体系;后者并未建构某个领域的法律秩序,不过将现行零散的规则合并为统一文本,避免法条出现重复或不一致,缺乏体系。⁽⁸⁾形式民法典严重偏离了启蒙时期的法典理念和立法技术,甚至被称为“假法典”(pseudo-codes)。⁽⁹⁾

在内容上,早期民法典都是自然法系统化和实证化的结果。⁽¹⁰⁾立法者的共同目标是

(3) Damiano Canale and Hasso Hofmann (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World: 1600 - 1900*, Springer, 2009, p. 136.

(4) Gunther A. Weiss, *The Enchantment of Codification in the Common-Law World*, 25 *Yale J. Int'l L.* 435, 454 - 458 (2000).

(5) Aharon Barak, *Towards Codification of the Civil Law*, 1 *Tel Aviv U. Stud. L.* 9, 11 (1975).

(6) James Gordley, *Codification and Legal Scholarship*, 31 *U. C. Davis L. Rev.* 735, 735 (1998); Michael Mc Auley, *Proposal for a Theory and a Method of Recodification*, 49 *Loy. L. Rev.* 261, 263 - 267 (2003).

(7) Dru Stevenson, *Costs of Codification*, 2014 *U. Ill. L. Rev.* 1129, 1131 n2. (2014).

(8) Jean Louis Bergel, *Principal Features and Methods of Codification*, 48 *La. L. Rev.* 1073, 1077 - 1093 (1988).

(9) H. Patrick Glenn, *The Grounding of Codification*, 31 *U. C. Davis L. Rev.* 765, 770 (1998).

(10) 参见[德]弗朗茨·维亚克尔著《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319页以下。

经由对法律素材的高度理性和体系化,化约琐碎和复杂的社会事实,实现社会全面理性化,达致“一个国家,一部法律,一个市场”的政经目的。在民事单行法已全面覆盖民事生活领域的中国,民法典编纂的恢弘目标和高远意义,很大程度上都被体系化这一技术目标所取代。学界呼吁编纂民法典的理据也集中在体系性上:即使民事单行法一应俱全,它们“也不是高层次的、科学的民法体系……单行法各有其相对的独立性,不能体现民法整体的内在联系和运行规律”。⁽¹¹⁾“制定一部体系混乱、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!”⁽¹²⁾惟学界对民法典的体系效益都视为当然,未揭示其实质内容。

本文的问题意识是:民法典何以比民事单行法更有体系效益。与此相关的是:体系效益的内容到底是什么,值得我们引首以望。民法典到底要体系化到何种程度,才配称民法典?体系效益至少要满足那些条件才能实现?

在所有学科中,体系的基本特征都是由诸多个体形成的统一秩序,秩序的类型取决于素材的属性和体系的建构目的。目前,民法学界基本接受了黑克(Philipp Heck)1932年提出的外部体系和内部体系的分类。其中,外部体系是依据形式逻辑规则,通过抽象概念或类型整合法律素材形成的外部架构;内部体系则是决定法律规范内容的基础价值、法律理念和法律原则。本文讨论学界最关注的民法典外部体系。

必须说明,外部体系和内部体系主要是描述性概念,两者无法实质切割,而是“你中有我,我有有你”的互生状态。任何民法典都是生活事实、基础价值和形式逻辑的统一体,外部体系中的法律规则无非运用逻辑连接事实和价值的产物。它强调概念的逻辑构造,但概念的形成必然受到价值的强烈影响。⁽¹³⁾在民法典适用和解释时,通过外部体系即可达成共识的,内部体系隐而不彰,至多发挥事后审查的功能;反之,内部体系即直接扮演主角。⁽¹⁴⁾因此,卡纳里斯(C. W. Canaris)依据体系是否表彰了价值评价的融贯性,将体系分为两种,进而认定不体现融贯性的外部体系并非真正的体系。⁽¹⁵⁾在民法典编纂时,外部体系的建构是将基于事实和价值确定的法律素材,组织为法命题综合体,这一过程不再审查规范内容的合目的性,相对独立于内部体系。限于篇幅,本文仅讨论外部体系。

二 民法典外部体系效益的内容与决定因素

(一) 民法典体系效益的内容

体系效益到底是什么,学界着墨不多。苏永钦先生提到了体系储存大量规范、内化规

(11) 魏振瀛《我国为什么需要民法典》,《上海法治报》2016年9月14日第B06版。

(12) 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10页。

(13) 参见黄茂荣著《法学方法与现代民法》(第5版),法律出版社2007年版,第618页。

(14) 参见汤文平《民法教义学与法学方法的系统观》,《法学》2015年第7期,第112页。

(15) 这种体系包括如下六种:①黑克的外部体系;②施塔姆勒、凯尔森等人的纯粹体系;③形式逻辑体系;④问题关联的体系(Problemzusammenhang);⑤生活关系的体系;⑥黑克的“利益决断”体系。Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. Duncke & Humblot, 1983, SS. 19-34.

则间矛盾、便利推论规则适用次序、减少找法成本等功能,但民法典原始的体系功能多已不复存在。^[16] 可以肯定,在互联网时代,储存等功能退居其次,依然重要的体系效益主要包括:

1. 最大限度覆盖社会生活

民法典作为践行启蒙理念的产物,承载了使人类社会摆脱各种无法预测的偶然性,按照固有规律运行的理想。法律应将整个社会纳入治理轨道,并使社会诸领域紧密互动,是启蒙以来的立法雄心,也是边沁整全法的支柱。^[17] 概念(实证)法学的基点也是法律完备无缺,能将所有案件涵摄于既定规则或原则,^[18] 凡法律无法涵摄的案件,在社会生活中都无足轻重,在法律世界无需存在。正因为此,在向来不信任司法权、严格界分立法权和司法权的大陆法系,其民法典才有底气作出规定,法院不得以于法无据为由拒绝裁判(《法国民法典》第4条、《澳门民法典》第7条第2款等)。韦伯敏锐地指出,这种观念以法律内含了一个毫无漏洞的体系为前提。^[19] 需要解释的问题就成为:体系何以能产生无缝覆盖社会生活的效果?

答案是:法律体系可以自我繁殖,不断产生新的知识或规则,无限拉长知识或规则的链条。早期理性法学依从笛卡尔的方法论,模仿自然科学,先归纳公理和最高概念,然后从体系出发,不断通过演绎创造更多概念和规则,因为每个概念在体系都有固定位序,概念当然就成了演绎的主要工具。但在概念法学形成时期,对自然科学的盲从就略有改观。普赫塔将体系界定为“特殊的有机体,自我发展为一个身体”,^[20] 耶林也使用了“法学身体”一词,将求善的法学与求真的自然科学拉开了一定距离。用身体比拟体系的重要意义之一是,确认“概念具有再生性,它们配对并孕育新的概念”。^[21] 法学家甚至可以“如化学家一样析出最基本的元素,然后将元素加以组合,得出新物质。概念具有生育能力,与其他同类交配,产下新概念”。^[22] 个案导向的普通法也承认判决的生殖功能“每个判决都有一种生殖力,按照自己的面目再生产。”^[23] 如果这种观点成立,民法典将具有强大的概念层级优势,通过演绎既有规则顺应社会新情势。这种潜能远大于调整单一领域、概念层次不明显的民事单行法。

如所周知,法律无漏洞的乐观主义一百余年来饱受重创。“借抽象概念建构一个封闭、无漏洞体系的理想,即使在概念法学鼎盛的时期也从未完全实现”;^[24] 法律无漏洞“展

[16] 参见苏永钦《现代民法典的体系定位与建构规则》,《交大法学》2010年第1卷,第60页。

[17] Terry DiFilippo, Jeremy Bentham's Codification Proposals and Some Remarks on Their Place in History, 22 *Buff. L. Rev.* 239, 240 (1972).

[18] 参见[美]罗斯科·庞德著《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年版,第62页。

[19] 参见[德]韦伯著《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第29页。

[20] G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. I, *Die Geschichte des Rechts bey dem roemischen Volk*, 3. Aufl. Leipzig, 1850, S. 98.

[21] Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 1, Leipzig 1852, S. 29.

[22] Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 9. Aufl. Leipzig, 1904, S. 7.

[23] [美]本杰明·卡多佐著《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2000年版,第9页。

[24] [德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第330页。

示的不是法典化理念的力量,而是现实意识的缺乏”。⁽²⁵⁾ 纽约州反对菲尔德法典的理由之一也是大陆法系不精确,存在漏洞。⁽²⁶⁾ 根本原因在于,法律是无法通过形式逻辑获得新知的,新知产生于类推、扩张解释等类立法方法的适用,正如卡多佐所强调的那样,类推“是没有哪个法律体系能够放弃不用的工具”。⁽²⁷⁾ 民法典的体系效益因此也更值得追求:通过多位阶的规范构造,不仅可以减少类推,还可为类推提供更多参照标准。

2. 确保法的安定性

法的安定性落脚点是基于平等原则的要求,在司法中“同案同判,类案类判”。其前提是法律为社会行动者提供稳定的行为预期,满足其对规范的信赖,使其可以理性筹划,反过来促进社会行为的常规化和稳定化,将社会生活建立在理性基础上。无论是韦伯的形式理性法律,还是卢曼的法律规范预期,⁽²⁸⁾ 都强调法律的可计算性和可预期性。法典化多少隐含了这一假定:法律规定的都是社会运行的固有规律;未规定的,都是有争议的事项。第一波欧陆民法典几乎都被赋予实现国族整合、统一法律的目标。美国的成文法域如路易斯安那州等,其民法典追求的首要目的,也是通过稳定性强的法典增强法律的确信性。⁽²⁹⁾ 这种可预期性构成市场经济稳定的基础,更是长期投资的信心来源。

若将民法典视为自然法的实证化,其源泉就应系国民生活和社会通行的交往规则,它就并不会改变人们在社会化过程中已经习得的常识,对民法规范的预期也就未必一定要学习民法典才能获得。因此,在民事领域,法的安定性主要是对法官的拘束,即法院必须依法裁决,正如奥地利民法典起草人蔡勒(F. Zeiler)所说“若法官不是诉诸法律规范而是诉诸自身的哲学观点……裁决的矛盾将会与日俱增。”⁽³⁰⁾

体系对实现法律的安定性、司法权非人身化的首要作用在于,它使法律形成了一个自治、自洽、自足的畛域。前述法律(法学)身体论的宗旨,就是将法律构建成一个自我封闭的领域:它首先排除了道德和伦理,其后排除了所有无法被精确计算的政经、文化等现实考量。即便不得已要纳入这些考量,也须将其内化于法律,实现法律的自我纯化。这种观念的极致,是将合法性(legitimacy)完全等于“合法律性”(legality),法律因此陷入自我指涉中,即什么是法律,什么不是法律,是由法律本身确定的。但是,正如卢曼在分析法教义学时指出的,“体系是秩序和分类的手段,因此是认知的保证和成立的手段,不能把体系

(25) [德]卡斯滕·施密特《法典化理念的未來》,温大军译,《北航法律评论》2012年第1辑,第42页。

(26) Gunther A. Weiss, The Enchantment of Codification in the Common-Law World, 25 *Yale J. Int'l L.* 435, 510 (2000). 深受萨维尼影响的卡特甚至将判例法与民主、法典化与专制联系在一起。Aniceto Masferrer, The Passionate Discussion Among Common Lawyers About Postbellum American Codification: An Approach to Its Legal Argumentation, 40 *Ariz. St. L. J.* 173, 199 (2008). 详见徐国栋主编《比较法视野中的民法典编纂》,北京大学出版社2007年版,第79页。

(27) [美]本杰明·卡多佐著《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2000年版,第28页。

(28) Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2004, p. 157.

(29) John A. Lovett, On the Principle of Legal Certainty in the Louisiana Civil Law Tradition: From the Manifesto to the Great Repealing Act and Beyond, 63 *La. L. Rev.* 1397, 1397 (2003).

(30) Damiano Canale and Hasso Hofmann (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World: 1600 - 1900*, Springer, 2009, p. 138.

直接视为实在(既不是中世纪的实在,也不是现代意义上的实在)”。⁽³¹⁾ 将人类建构的法律实体化,将从社会事实中抽离出来的概念等同于社会事实,是怀特海所称的“错置具体的谬误”。然而,它将法律适用归于简单的三段论涵摄,法院依据客观的事实、明确的规则和充分的逻辑裁判,委实可保障法律的安定性。

体系效益的一个重要内容是通过法条之间的紧密脉络关联,保障法律解释的正确性。普赫塔就指出,“在形式上,体系知识包括了法律的各个部分,可以保障确定性。若法律仅仅是法律规则的集合体,我们就不可能把握整体的联系……法律是一个体系,只有我们认识到这一点,才能真正理解其本质”。⁽³²⁾ 前述耶林用化学元素比拟法律元素,背后也有这样的信念:各元素相互作用,缺乏任何一个都不足成为整体。法律的意义网络越复杂,解释者的自由空间就越小;对法律适用和解释的事后审查和评价也更为容易。在运用体系解释中部分和整体之间的“解释学循环”时,法律规范层次越多,出现多个解释结论的可能性就越低;在目的解释时,通过多位阶法律规范获知立法目的的可能性就越大。运用民法典解释时,法院置身于同一整体法律网络中,各单行法成为一个整体的部分;运用民事单行法解释时,法院置于效力相同的多个法律网络中——显然,前者保障法律解释结论唯一性的体系效益远大于后者。

3. 消除体系内部的逻辑矛盾

建构外部体系的底限是遵循形式逻辑法则,如同一律、排他律、充分律等,确保规范之间的逻辑一致。民事单行法当然可以保障彼此之间的规范内容无矛盾,但将单行法编纂为民法典,置于更高的整体时,更易查知逻辑矛盾,如《合同法》第121条(第三人原因的违约责任)、第302条(承运人对旅客人身伤害的责任)和《侵权责任法》第37条(安保义务)的冲突。

更重要的是,通过民法典比单行法更容易发现法律规范之间隐蔽的“规则—例外”结构(Regel-Ausnahme-Struktur)。如《合同法》第122条规定在侵权与违约竞合时,债权人可以选择行使请求权,但许可债权人选择《侵权责任法》主张请求权,有时将架空某些条文的规范意旨,如《合同法》第374-375条对保管人责任的限制。在单行法模式下,《合同法》和《侵权责任法》效力相同,识别这种隐藏结构显然比同时纳入两者的民法典模式更难,也更容易让法官依违于不同单行法。

4. 降低找法和法学教育成本

将各单行法整合为一部民法典,将减少在不同单行法之间往返的搜法成本,从分则到总则的找法程序也使找法过程更为简便。兹举一例说明:甲租用乙的塔吊,但合同到期后拒绝返还。按照请求权规范基础的思维方法,乙可依法主张如下几种请求权:违约(《合同法》第107条等)、侵权(《侵权责任法》第2条等)、不当得利(《民法总则》第122条)、所有权返还(《物权法》第34条)和占有回复(《物权法》第245条)。通过一部民法典即

(31) Nikolas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Verlag W. Kohlhammer, 1974, S. 11. 需要说明,卢曼所称的系统和民法体系不同。

(32) G. F. Puchta (Fn. 20) 101.

可穷尽相关法条,无需在不同单行法中寻找。

在法学教育方面,体系化的民法典更有助于形成有机的知识体系,整合碎片化的知识点,融会贯通各个层次的概念,而且通过“将构成要件可变的、被想象出来的法律案件,涵摄到正确的法律请求权”,⁽³³⁾更有助于培养法律共同体统一的思维和达成共识。

综上,民法典比民事单行法更能发挥体系效益,从体系效益角度可以证成民法典编纂的必要性。社会领域的数量越多、专业越细化、社会变迁速度越快,对法律的需求就越急迫,民法典的体系效益也更为突出。拉伦茨说,“即使在今天,也只有少数法学家能不目眩于抽象概念式体系的魅力。”⁽³⁴⁾其根由或源于此。

(二) 体系效益的决定因素

民法典的体系效益的有无及其大小,取决于如下三个因素。

1. 调整范围的大小

民法典调整的范围越大,越能匹配民法典作为社会基本法的地位,体系效益也越明显。因此,立法者有必要考量一切社会事实,尽可能安排所有实证法材料,减少法外空间,使法典“不与自然性相妥协,不受模糊或生疏的影响”。⁽³⁵⁾

根本上,民法典的调整范围取决于内在体系,即主体之间的平等性,不过不同时期平等的范围有别而已。民法典可依两种思路选择调整范围:一是依据《民法通则》,凡平等主体之间的人身关系和财产关系,皆可入典。二是按照法律关系,将社会关系分为人和物的关系和人与人的关系,后者的模型包括两个人之间的关系、任何人和任何人之间的关系、三个人之间的关系。

在比较法上,民法典调整范围的根本差异在于是否将亲属法纳入。一些国家或地区的民法典排斥亲属法,或基于对抗教会的政治考量,或源于社会主义国家对家庭重要性的考量。但这种模式渐被扬弃。⁽³⁶⁾中国亲属法回归民法已成各界共识和立法实践。亲属法存在保护家庭弱者权益、维护家庭稳定的特殊原则,回归民法必然与财产法理念产生碰撞,⁽³⁷⁾比较妥当的是采俄罗斯的民法和特别法双轨制,民法典与亲属特别法构成一般法和特别法的关系,单行法贯彻对亲属关系的特别考量,⁽³⁸⁾民法典可考虑用债权手段调整夫妻间的财产关系,⁽³⁹⁾使财产法和亲属法的逻辑尽量一致。

2. 结构层次的数量

结构层次是指体系的上下层次或者位阶。在民法典中,它体现为“总则—分则”结构或“一般规定—特殊规定”。

(33) 参见[德]弗朗茨·维亚克尔著《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第420页。

(34) 参见[德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第317页。

(35) [法]皮埃尔·勒格朗《反对欧洲民法典》,周维明译,《北航法律评论》2013年第1辑,第5页。

(36) 参见林易典《告别民法典!——论独立于民法典外之亲属法其立法成因》,《成大法学》2010年第20期,第1页。

(37) 参见巫若枝《三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思》,《法制与社会发展》2009年第4期,第67页。

(38) 参见鄢一美《俄罗斯社会转型与民法法典化》,《比较法研究》2015年第3期,第77页。

(39) 参见贺剑《论婚姻法回归民法的基本思路——以法定夫妻财产制为重点》,《中外法学》2014年第6期,第1500页。

结构层次性实质上是对规则抽象性的要求。如果法律不具有抽象性,沦为就事论事的决疑规则,不仅不具有任何体系效益,而且在韦伯看来,它们连形式理性都不具备,追求的只是实质正义。⁽⁴⁰⁾ 结构层次性也必然使法律规范并非直观地反映社会事实,而是通过理论理性抽象后在概念和类型中反映;民法规范不能还原为任何一个社会事实,相反,所有社会典型事实都可被涵摄于法律规范。

民法典的层次是由不同的“编纂概念”决定,概念的层次依据两个标准确定:一是概念的抽象性。构成要素即内涵越多的概念,层次越低,越少则越高;二是概念负荷价值的根本性。概念负荷的价值越根本,层次越高,越具体则越低。⁽⁴¹⁾ 在法典编纂时,抽象概念先于具体概念,上位阶概念先于下位阶概念,但在法律适用时,顺序则相反,因为法律规范使用的概念越具体,立法者拘束法官的目的就越明确。

概念的层级最终来源于社会事实的秩序,即从社会行为角度观察的“事物的秩序”。法国民法奠基人多玛就指出,民法调整的事项本身都有一个简单和自然的秩序,这些事项构成一个存在等级秩序的整体。⁽⁴²⁾ 这种秩序是经过理性加工的事物秩序,其基础是社会运行的不同层面。通过这种秩序建构,社会事实丧失了多样性和差异性,只留下了法律关注的共性。

3. 规范脉络关联的紧密程度

规范脉络要求规范之间存在法律意义关联,即“法律规范不仅相互补充、支撑,毋宁自始就交结在一起”。⁽⁴³⁾ 民法典由数量众多条文组成,条文之间若没有法律意义脉络的关联,即便条文再多,也不过是汇编和拼贴,无法产生体系效益。只有规范之间存在脉络关联,才能形成整体与部分、部分与部分之间的有机关系,体系效益中的体系解释循环、规范冲突时的目的解释也才能实现。在民法典中,规范之间的意义脉络关系包括两个层面:

(1) 相同或相似规范群之间的脉络关联

要将调整不同社会事实的法律规范建构为体系,至少要求规范的内容或调整的社会事实具有相似性。这种相似性按照其相似程度可分为两类。

一是初级相似性,即构成要件的相似性。民法典调整模式化、定型化的社会事实,在社会行为领域,它包含韦伯概括的四种行为类型:目的理性行为(如有偿合同)、价值理性行为(如公益赠与)、情感行为(如婚姻、被继承人的原宥)和传统行为(如彩礼)。⁽⁴⁴⁾ 非社会行为包括不可抗力等。在凸显某类社会事实的某些特征,忽视其他特征后,社会事实被提炼为概念,如支付金钱取得某种权利的合同,无论其取得的是物权,还是知识产权,都界定为买卖。在这方面,民法典外部体系建构一个疑难问题是,亲属法体系是如何构成的?

(40) 参见[德]韦伯著《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第292页。

(41) 参见黄茂荣著《法学方法与现代民法》(第5版),法律出版社2007年版,第125、511页。

(42) Jean Domat, *The Civil Law in Its Natural Order*, tran. by William Strahan, Charles C. Little and James, 1850, p. 96.

(43) 参见[德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第207页。

(44) 参见[德]韦伯著《社会学的基本概念》,顾中华译,广西师范大学出版社2005年版,第31-32页。

通说认为,亲属法基于真实的家庭构造而成,⁽⁴⁵⁾但买卖合同也以真实的买卖合同为基础,所以这种立论较为牵强。比较合理的解释是,两者都以社会事实的相似性为基础,但亲属法仅仅止步于构成要件的相似性,不可能再做进一步抽象。

二是高级相似性,即法律效果的相似性,是比构成要件更高层级的抽象。最典型的是物权和债权,它们种类繁多,不对应于统一的生活领域,只是基于相同或类似的法律效果而被归入一个规范群。如基于合同、侵权、不当得利都产生债权这一相同的法律效果,完全不同的社会事实被归入债法规范群。

(2) 不同规范群之间的脉络关联

即民法典整体意义上的规范关联。各编之间的关联解释了民法典为什么可以对不同社会领域进行调整:总则和亲属编的关联,如未成年人订立的合同;债编与物权编的关联,如订立买卖合同,通过物权变动行为取得物权、为担保债权的实现而设定担保物权;亲属编和债权编的关联,如离婚时的损害赔偿请求权等等。

整体观之,如果上述法律脉络关联存在,民法就不应是一个无机的建筑,而是一个有机的生命体,各部分相互依存,不可或缺。这可能也是普赫塔等提出“法律身体”概念的原因之一。

(三) 民法典外部体系效益与民法典的结构

1. 民法典外部体系与民法典的分编

在编纂民法典的法律规范齐备后,一种观点认为,如何分编与体系效益无关,因为分编无非对按照主题排列的内容取个名而已,即便不分编,也只是有损阅读的愉悦,增加找法麻烦而已。有学者极端地说,为什么法国法系的法典是三编?——无他,本来如此。⁽⁴⁶⁾

《法国民法典》第一编“人”共 509 条,第二编“物”只有 195 条,第三编取得财产的方法却有 1571 条,对这种不均衡结构,立法者解释说,“如果不均衡符合事物的本质,三编就是合理的。前两编服务于第三编,各编可以从不同角度观察,如何分编多少是有些随意的。”⁽⁴⁷⁾学界提出的分编主张更是五花八门。如多玛认为,民法可以一分为二:自己创设的法律关系和继承而来的法律关系;⁽⁴⁸⁾另有学者建议的两编为:第一编为人的保护,如家庭法、所有权保护、劳动保护、结社保护等;第二编为权利交易,包括合同法、继承法、时效等。⁽⁴⁹⁾各国民法典结构也判若云泥:三编(法国等)、四编(智利、西班牙等)、五编(德国民法系)、六编(意大利、越南等)、七编(越南、俄罗斯、蒙古等)、十编(荷兰)均有立法例。

但上述观点掩盖了一个事实,民法典编纂必须依据一定的标准排列不同的主题,这一标准是什么?换言之,在分则层面,某一主题的内容何以和其他部分并列?对此可以

(45) F. Bydliniski, *System und Prinzipien des Privatrechts* (1996), S. 172, 351. 卡纳里斯认为,德国民法部分为概念体系,部分则以生活领域为基础,他称为“生活关系体系”(Lebensverhältnisse)。Caranis, *a. a. O.* S. 34.

(46) Alain Levasseur, *Civilian Methodology: On the Structure of a Civil Code*, 44 *Tul. L. Rev.* 693, 695-697 (1970).

(47) Shael Herman and David Hoskins, *Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations*, 54 *Tul. L. Rev.* 987, 993 (1980).

(48) Jean Domat, *The Civil Law in Its Natural Order*, tran. by William Strahan, Charles C. Little and James, 1850, p. 96.

(49) Hermann Eichler, *Gesetz und System von Hermann Eichler*, Duncker & Humblot, 1970, SS. 101-123.

考虑两个标准:一是领域的独立性,这要求其内容不能与其他部分重复过多;二是抽象层次的一致性。意大利民法典因为劳动关系对法西斯体制的运作具有重要意义,将劳动合同独立成编。⁽⁵⁰⁾ 荷兰民法典鉴于运输业的经济重要性,将商法中的运输法(包括海运、内陆河运、公路和航空运输)归纳为第8编,⁽⁵¹⁾ 皆不足为训。因为它们都是有名合同而已,实在难以和物权等分编等量齐观。中国民法典若将债编分拆为债法总则、合同和侵权三编,也只能理解为这三编是基于条文均衡所作的选择,三编构成一个债法整体,和其他各编并列。

2. 民法典外部体系与条文顺序

民法典各编的位序,在逻辑上存在多种可能性,不存在唯一正确的答案。⁽⁵²⁾ 如不设总则的民法典,人法均先于物法;设总则的民法典,物法都先于人法。德葡民法典的债编先于物权编,日韩民法典则相反,两者都有合理性。实质上,排序根本不是形式逻辑问题,而是“道理”(实践理性或生活经验)问题。如继承是家庭成员之间的关系,可置于亲属编后(德国民法);同时也是一种财产取得方式,可以和合同并列(法国民法)。分则内部的小体系顺序亦如此。如对占有的位序,德国、日本将其置于物权编之首,瑞士、意大利将其置于末。前者的理由是,占有是物权法乃至整个民法的核心制度;⁽⁵³⁾ 后者则认为,占有只是类物权,与所有权等本权存在层级差异,或认为占有仅为对物的事实管领状态。⁽⁵⁴⁾ 这两种体例对体系效益均没有影响。

三 民法典外部体系效应与民法典的风格和规范模式

(一) 民法典外部体系与民法典的三种风格

民法典的外部体系效益的基础之一是调整事项的综合性和全面性,即将立法者预见到的全部社会事实涵摄于法体系。不同风格的民法典完成这一任务的路径并不完全相同。拉伦茨依据外部体系的不同特征,将民法典分为三种理念类型——决疑式、指令准则式和抽象概括式,⁽⁵⁵⁾ 当今各国和地区的民法典多少都兼具这三种风格。本文对这一分类略作改变,分析这三类民法典的体系效益。

1. 决疑法

决疑主要是法学和伦理学使用的概念。它关注特殊情境中法律和伦理规则的适用,并不预设任何普遍性的观念、原则和规则作为公理,而是借助范例确定个案的特定性质,

(50) 参见[意]蒙那代里《关于中国民法典编纂问题的提问与回答——以民法典的结构体例为中心》,薛军译,《中外法学》2004年第6期,第671页。

(51) Eltjo Schrage, J. H., *The New Dutch Civil Code: Some Old, Some New*, 4 *Sri Lanka J. Int'l L.* 99, 112 (1992).

(52) 参见[意]鲁多尔夫·萨科《思考一部新民法典》,薛军译,《中外法学》2004年第6期,第646页。

(53) 参见张双根《占有的基本问题——评〈物权法草案〉第二十章》,《中外法学》2006年第1期,第115页。德国学者认为,占有、人和合同三者作为德国民法典的基础。[德]奥科·贝伦茨《〈德国民法典〉中的私法——其法典编纂史、与基本权的关系及其古典共和宪法思想基础》,《中德私法研究》2011年第7卷,第77页以下。

(54) 参见陈华彬《我国民法典物权编占有规则立法研究》,《现代法学》2018年第1期,第49页。

(55) 参见Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl. C. H. Beck, 1997, 80. ff.

然后将个案与一般道德规则连接。⁽⁵⁶⁾ 传统意义的决疑术多以特定情境中的道德困局为例,运用旧例获得新知。在法学方法论中,它往往等同于个案导向(对应于原则—规则导向)的类推思维。⁽⁵⁷⁾ 在立法上,它指对具体社会事实不作任何抽象,就事论事提供解决方案的法律规则。

古代法几乎都是决疑法,即便法律文化高度发达的古罗马法亦莫能外。《十二铜表法》就是“高度决疑术式的个案取向的一件立法”。⁽⁵⁸⁾ 如第八表第 3 条规定,若用手或棒子打断自由人的骨头,应罚三百阿司;受害人为奴隶的,罚一百五十阿司。⁽⁵⁹⁾ 这与具体案件的裁决结果很难区分。耶林甚至还指出“罗马法学家从来没有从历史与哲学角度研究法律的最终渊源;他们也没有发展出一套理论工具,来探讨一般性事物的直观及其方法论。”⁽⁶⁰⁾

在欧陆法典化时期,决疑法的代表是 1794 年的《普鲁士普通邦法》。立法者的理想是制定一部森罗万象的整全法,使任何个案都对应于某个具体法律规则。其主要立法者史瓦茨(Savrez)指出,法院不受限制地援引自然法将导致法律极不确定,因此立法的任务之一就是制定明确的法律,使市民通过法律对抗忽左忽右的、恣意的判决。⁽⁶¹⁾ 要实现这一目的,法律必须是理性的、完备的、无缺陷的,尽可能调整当事人之间的全部经济和社会生活,因此“社会等级越多,居民数量越多,社会活动和职业活动越复杂,法律规范就越复杂”。⁽⁶²⁾

《普鲁士普通邦法》编码不连续,约 19000 个条文,⁽⁶³⁾ 15000 个条文涉及民法。它包括三部分:序言(多为宪法规范)和其他两部分(无标题),它既调整公法关系(行政法和刑法),也调整民事关系。

该法被称为决疑法的重要原因,是其条文过于繁琐细碎,最有名的是第二编第二章中用了 61 个条文(第 42 条到第 102 条)规定主物和从物。其第 42 条是定义条款,以“某物与另一物的长久联系”为认定标准,第 43 - 47 条较为抽象,规定的是不动产之间的附合等。其后条文都是对从物的具体列举,第 48 - 63 条规定农庄的从物;第 64 - 66 条规定狩猎时的从物;第 67 - 69 条规定葡萄园的从物……其细致程度无以复加,如第 96 条规定书架为图书馆的从物,第 102 条规定装珠宝的盒子为珠宝的从物。对这一问题,《德国民法典》(第 97 - 98 条)和《瑞士民法典》(第 644 - 645 条)均只用了两个条文。

《普鲁士普通邦法》之所以成为决疑法,还有一个核心原因是它虽然以普鲁士自然法学派伍尔夫(Christian Wolff)等人的理性法学为依据,是“普鲁士启蒙绝对主义的总体法

(56) 参见舒国滢《决疑术:方法、渊源与盛衰》,《中国政法大学学报》2012 年第 2 期,第 7 页。

(57) 参见[德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》陈爱娥译,商务印书馆 2004 年版,第 286 页。

(58) 参见舒国滢《罗马法学成长中的方法论因素》,《比较法研究》2013 年第 1 期,第 7 页。

(59) 《十二铜表法》,法律出版社 2000 年版,第 35 页。

(60) J. R. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Bd. III, 8 Aufl. Darmstat, 1954, S. 316.

(61) Vgl. Helmut Coing und Walter Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Vittorio Klostermann, 1974, S. 146.

(62) *supra* note 3, at 169 - 171.

(63) 全文见 <https://opiniojuris.de/quelle/1621>, 最近访问时间[2018-01-12]。

典化” ,但还是以身份为组织法律的主要线索 ,并没有实现启蒙的身份平等原则。⁽⁶⁴⁾ 以身份确定不同主体的权利义务内容 ,是无法实现法律体系化任务的 ,因为民法规范抽象性的前提必然是平等的主体、同类型的社会事实 ,否则只能因人而异设定不同规则。

公允地说,《普鲁士普通邦法》的实际情形是 ,立法者对所有预想到的事实 ,都提供了抽象原则和琐碎规则。以债权为例 ,其第一编第三部分“行为及其产生的权利”规定了意思表示、合同、侵权等内容 ,设置了一般性规则。它还按照主题对条文进行分类 ,如条件下分延缓条件(第 101 - 113 条)和解除条件(第 114 - 125 条) 。但即便对较为抽象的内容 ,其规定也相当繁琐 ,如关于行为形式有 10 条 ,意思表示解释 10 条 ,错误 9 条 ,欺诈 10 条。后世对《普鲁士普通邦法》的评价并不高 ,甚至奚落的评论居多。“立法者无论多么努力 ,都永远无法列举所有的情况 ,列举得越详细 ,就越是漏洞百出。”⁽⁶⁵⁾ “不完美、落后的作品……不简洁、不明确。”⁽⁶⁶⁾ 但维阿克尔做了公道的评价 ,认为它是高度法律文化的表现:“它在欧洲立法史上几乎是无与伦比的 ,它由人类社会的原则性纲要出发 ,精心描绘了建构国家的庞大计划。”⁽⁶⁷⁾

决疑法完全不具有抽象性和灵活性 ,体系效益极低——立法者可能也并不想让法律产生体系效益。《普鲁士普通邦法》“序言”第 6 条明确规定 ,不考虑学说和法官对法律的看法。但立法者也意识到 ,没有漏洞的法律是不存在的。该法第 47 条规定 ,法院对法律的真实意思产生疑问时 ,可以在不告知当事人身份的情形 ,向法律委员会咨询 ,听候其裁决。第 50 条规定 ,法院应将缺陷同时告知司法部长。但其第 49 条规定:法官在审理案件无法可依时 ,应当按照法典采纳的一般原则和法典中的类似规定裁决。这种立法目的前后矛盾的法条 ,亦印证了韦伯的观点“真的要将法律知识传达给大众 ,靠罗列数万条文的浩瀚巨作是不可能的。”⁽⁶⁸⁾ 绕是如此 ,通过巨细靡遗的列举来限制法院自由裁量权的做法 ,在现代法律中也并不鲜见。即便极为抽象的《德国民法典》,其第 961 - 964 条有关飞离蜂群的所有权、所有权人的追寻权、蜂群的合并与混合 ,也有决疑法的痕迹。

2. 原则法

这里的“原则法”用于指仅表达立法理念、目的、原则和一般条款的法典 ,亦可称为民事政策法。它只宣示民事领域最重要事项的处理方针和原则 ,并不采用“要件—后果”的法律规则 ,原则法实质上是内部体系的外化。

原则法可能源于三种背景:一是法教义学尚无力为立法提供理论支援;二是新社会事实出现时 ,各方缺乏规则共识 ,但社会又有规则渴求;三是民事活动被国家权力挤压 ,空间逼仄 ,无需大张旗鼓立法。

1961 年的《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》是较为典型的原则法。共 8 章 129

(64) Vgl. Hans Schlosser , *Neuere Europäische Rechtsgeschichte* , Verlag C. H. Beck , 2012 , S. 209.

(65) Vgl. Larenz/Wolf (Fn. 55) 81.

(66) Vgl. Helmut Coing und Walter Wilhelm (hrgs.) , *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* , Vittorio Klostermann , 1974 , S. 146.

(67) 参见[德]弗朗茨·维亚克尔著《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2006 年版,第 328 页。

(68) 参见[德]韦伯著《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2005 年版,第 291 页。

条,调整的对象却相当广泛,包括总则、所有权、债权、著作权、发现权、发明权、继承权、涉外法律问题等。《民法通则》作为微缩版的民法典,亦可归入原则法。

原则法的立法成本最低,但司法成本最高。一方面,立法者仅仅使用宏大语词,宣示抽象价值理念和法律原则,无需从中立旁观者的立场充分权衡各方当事人的利益状态,进而设置具体规则。另一方面,因为原则法不确定性过于强烈,裁判者依据原则的指引获致平等裁决结果的成本激增。原则法要获得法律的安定性,必须有配套的实施细则或司法解释,如《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》就规定“苏维埃主席团根据纲要制定实施细则”;⁽⁶⁹⁾《民法通则》还允许民事政策作为裁判依据(第6条),此后还衍生了浩如烟海的司法解释。

从体系效益看,一方面,与穷尽列举的决疑法相比,原则法通过空洞的价值、理念和原则,可以无限扩大民法的调整范围,更能将社会生活尽入彀中。另一方面,由于具体规则的阙如,立法者其实将自己的立法权授权给了司法者,完全由后者决定个案应适用的规则内容。如果说“抽象化常导致荒谬的结论”,⁽⁷⁰⁾原则法则将彻底戕害法的安定性,导致体系效益丧失殆尽。

正如决疑术对立法者始终有无法抗拒的吸引力一样,原则法无与伦比地适应社会变迁能力,也确实让立法者神往。波塔利斯(Jean-Étienne-Marie Portalis)就说,“立法者应规定涵蕴丰富的原则,而不是往下制定调整所有可能事项的细节规定。”⁽⁷¹⁾在中国,原则法至今亦余绪未泯,如《物权法》第84条要求不动产的相邻权利人按照“有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则,正确处理相邻关系”。若无相邻关系的具体规则,这种空洞的条文几无价值。

3. 抽象法

抽象法是介于决疑法和原则法之间的法典,它既要避免原则法的空疏不实,又要克服决疑法适用时的计穷途拙。包括法典化时期及其后的大多数民法典。

德国民法典无疑是抽象法的巅峰,迄今无出其右者。作为“潘德克顿法学的晚生子”,⁽⁷²⁾它将近代民法学完美地转化成了法典。体系效益要求的领域综合性、规范的层次性和脉络性要素均到极限状态。通过概念的层次建构体系,是最常规的外部体系架构方法。概念的层次性既可通过归纳由下而上寻找终极概念,也可通过演绎衍生次级概念。⁽⁷³⁾这种方法源于普赫塔的“概念的系谱”观念:“法学的任务是通过体系性的联系把握法律原则……我们可以一直往上追溯这些具体原则的谱系,一直到其最顶端;同时也可以从最顶端一直追溯到最底部。”⁽⁷⁴⁾通过对典型社会事实不同层次的提炼和往下延伸,最终可以形成概念金字塔。《德国民法典》的特色在于它的塔尖概念,如“人”、“权利”与

(69) 《苏联民法纲要和民事诉讼法纲要》,中国科学院法学研究所译,法律出版社1963年版,第1页。

(70) 参见[德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第333页。

(71) Ole Lando, On Legislative Style and Structure, 11 *Juridica Int'* 13, 16 (2006).

(72) Franz Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Scriptor Verlag Kronberg/TS 1974, S. 15.

(73) Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 2003, S. 83.

(74) Vgl. G. F. Puchta (Fn. 20) 101 - 102.

“法律行为”等。

抽象法蕴含了一个为后世多少忽略的、启蒙时期的雄心：超越决疑法的个案正义，通过理性将个案中的正当理由化约或升华为法命题，使它们像自然法则一样，成为社会行为的基本原理。换句话说，要成为罗马法以后的“世界自然法”。韦伯隐约指明了这一点。⁽⁷⁵⁾ 这一雄心要实现，就必须尽可能剥离、剔除典型事实中的特质，仅保留最抽象的个别要素，如所有合同到最后就只剩下了“意思表示”。事实的特质被消除越多，规则的普遍性就越强，就越能跨越时空限制，越具有普世功效和超越政经情境的中立性。而在“受社会利益集团所左右时，民法典是最脆弱的”。⁽⁷⁶⁾ 正是因为这种立法技术，马车时代的德国民法典才能跨越时空，适用于立法者根本无法预见到的互联网交易。如果它采用有轨电车、马车等概念，或就事论事的决疑规则，恐怕它早就成为故纸堆了。在适应社会生活的弹性方面，它与决疑法可谓天冠地履。也正因为此，德国民法典部分有关特殊社会情境的规定（如蜜蜂飞离蜂巢）才饱受揶揄。

整体而言，《德国民法典》的体系效益达到了无以复加的程度：它不仅覆盖了当下和未来的生活，还约束了法官的自由和恣意，裁判工作被限定为解释法条和合同，成为法的自动贩卖机：人们从上头丢入事实，下头吐出判决及其理由。⁽⁷⁷⁾ 但它忽视社会行为的个性、只重视典型的做法，完全可能背离个案当事人的特殊目的和经济利益，事实上，对情境正义的追求也催生了众多法官造法。

那么，是否只有最高程度的抽象才能实现体系效益最大化？作为抽象的极致，民法总则最受争议的地方，是它和原则法一样的“危险性”：“规则越是一般，它在以后导致人们不认为公平的裁决的危险就会越大。”⁽⁷⁸⁾ 反对总则的意见认为，总则对专业和非专业人士都是多余的，其抽象性不仅没有使法律适用更加清晰，反而使其困难重重。要确定一个违反买卖合同行为的法律后果，就要查找意思表示、债务关系、一般交易条件、合同之债、不当得利和损害赔偿法等内容。⁽⁷⁹⁾ 而且，财产关系和身份关系的主体、客体、内容存在显著差异，总则很多规范无法适用于身份法，未必是真“总则”。⁽⁸⁰⁾ 最后，德国的民法总则的抽象性也遇到一些麻烦，如第 232 - 240 条详细规定了为保障权利，当事人未约定债务担保时，担保应如何处理。“它们对学习来说没有什么意义，在实践中的意义也微不足道。”⁽⁸¹⁾

另一种抽象化的思路是不设总则，将总则的内容分解到人法和物法编。法律行为制度也通过准用合同法规得以贯彻，如《瑞士民法典》第 7 条、《意大利民法典》第 1324 条。《荷兰民法典》不要总则的理由也是总则只是财产法的总则，不如以财产法总则代

(75) 参见[德]韦伯著《法律社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社 2005 年版，第 286 页。

(76) [德]卡斯滕·施密特《法典化理念的未來——现行法典下的司法、法学和立法》，《北航法律评论》2012 年第 1 辑，第 45 - 48 页。

(77) 参见[德]韦伯著《法律社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社 2005 年版，第 326 页。

(78) [德]恩斯特·齐特曼《民法总则的价值》，王洪亮译，《中德私法研究》2014 年第 10 卷，第 70 页以下。

(79) Vgl. Helmut Koziol, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik: Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa? AcP, 212 (2012), SS. 6 - 9.

(80) 参见冉克平《民法典总则的存废论》，《私法》第 15 卷，第 283 页。

(81) [德]迪特尔·梅迪库斯著《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 134 - 135 页。

替。⁽⁸²⁾ 但其第 326 条规定,只要自然人和家庭的法律规则不和法律行为或法律性质抵触,就可准用财产法总则,这就淡化了财产法总则和民法总则的差异。但法国 2015 年新债法第 1100 条引入了法律行为制度,原法中的第三编标题“合同或一般协议之债”亦被修改为“债的渊源”,下设合同、合同外责任和其他债的渊源三部分,抽象化程度明显增强。⁽⁸³⁾ 可见,是否设立总则并不根本影响体系效益,前提是通过准用条款安置法律行为制度,采取何种做法主要取决于立法者对抽象性的偏好程度。当然,在没有充分理由时,中国亦无必要通过其他方式获得总则既有的体系效益。

(二) 民法典外部体系与民法规范的三种内容模式

在规范内容上,为实现体系效益,如何尽可能覆盖社会生活,又保障法的安定? 其实质是在将恒河沙数的社会事实提炼为法律规范时,如何在一般和具体之间取得平衡? 这是两大法系面临的共同问题。⁽⁸⁴⁾ 对应于前述三种民法典风格,本文亦提炼出三种规范模式。

1. 固定要件条款

即法律规范最通行的“if-then(Wenn-Dann) ”模式,它规定在一定社会事实出现时(假定)其法律效力如何(处理)。它可以表述为:如果法律事实 A 产生、变更或者消灭,那么法律后果 B。立法者试图通过明确构成要件,既将所有某类典型事实纳入法律调整,又保障法律适用的安定性。

固定要件模式的瓶颈在于,它经常不得不采用明显带有价值判断和评价取向的功能性概念。如违约金“过分高于”实际损害、“相应的责任”、“合理期间”,法官在进行裁判涵摄作业时,会遇到案件事实和构成要件之间的裂缝,此时需要进行价值填充,或者通过更多的构成要件来界定,如什么是“过分高于”。中国诸多司法解释采取了类似决疑方法来认定,如《关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 6-7 条、《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 7-8 条等。

2. 一般条款

一般条款是指不明确构成要件,由法官在个案中决定规则内容的原则性条款。其效果是放松了对法官拘束力的条款,授权法官对个案规则行使立法权。在中国民法学中,它用于以下两种情形:

一是真正一般条款,即民法基本原则。某些固定要件规范也可能使用这些条款的表达,如《合同法》第 60 条中的诚实信用原则、《民法总则》第 153 条第 2 款的公序良俗原则。这类规范虽然为固定要件规范,但在不确定方面和一般条款没有本质区别,法院也需进行价值填充,“对诚实信用原则的确切意义,(立法者)什么也没说,原因是没什么可说的,可以说的对个案的裁决又没什么帮助。”⁽⁸⁵⁾ 这类条款的存在,是催生大陆法系国家司

(82) Eltjo Schrage, *The New Dutch Civil Code: Some Old, Some New*, 4 *Sri Lanka J. Int'l L.* 99, 112 (1992).

(83) 参见李世刚《中国债编体系构建中若干基础关系的协调》,《法学研究》2016 年第 5 期,第 3 页。

(84) Arthur T. von Mehren, *Some Reflections on Codification and Case Law in the Twenty-First Century*, 31 *U. C. Davis L. Rev.* 659, 659 (1998).

(85) Vgl. Helmut Koziol (Fn. 79) 56.

法造法的重要原因。

二是非真正一般条款。侵权领域通常无法以当事人的合意作为裁判依据,又无法像刑法那样采取“罪刑法定原则”将所有侵权行为法定化,唯有通过宽泛的一般条款认定一般侵权行为类型。中国学界通常将这种条款界定为侵权法的一般条款,即在侵权法中居于核心地位的、作为一切侵权请求权基础的法律规范。⁽⁸⁶⁾但各家对其范围宽窄的理解不同,主要差异在于是否纳入无过错责任和替代责任。如王利明教授将其界定为两类:侵害他人的人格权、物权、知识产权等民事权利的侵权行为;故意或违背善良风俗侵害他人的合法利益的侵权行为。⁽⁸⁷⁾显然采取了狭义的界定,其中,公序良俗要件接近一般条款。

3. 弹性条款

这里的弹性条款用于指内容确定性介于前两种条款之间的条款,可以总结为两类:

一是动态条款。动态条款是民事立法技术晚近以来最大的发展,它是一般条款和固定要件之间的第三条道路,⁽⁸⁸⁾有学者将其基础归为源于古希腊的中庸思想。⁽⁸⁹⁾在立法技术上,它的问题意识是:一般条款过于抽象,授予法官的自由裁量权过大,法的安定性和可预测性随时危若累卵;固定要件条款又失之僵化,过分限制了法官发展法律的自由空间,影响法律续造。⁽⁹⁰⁾《欧洲侵权法原则》第1:101条等采取了动态条款,其特征是不明确界定侵权保护的客体范围,而只是列举了法院确定保护客体时应权衡的要素。因为动态体系主要涉及民法内部体系,本文不再铺展。

二是列举+兜底条款。其特征是对要件进行类型列举而不使用过于抽象的表达,同时将抽象构成要件设置为兜底条款的核心要素。在将一般条款具体化时,这种方式适用空间较大。如《合同法》第42条第1款并未界定缔约过失责任的要件,而是列举两种类型,同时在兜底条款规定“其他违背诚实信用原则的行为”,明确将违反诚信作为缔约过失责任的核心要件。《德国民法典》第311条有关缔约过失的规定,在列举合同磋商和合同准备两种类型后,也用了“类似的交易接触”作为兜底。

(三) 小结

综上,民法典外部体系的体系效益会遭遇抉择困境:原则法、一般条款的抽象性足可使法律拓展到全部社会生活领域,实现对社会的理性规划,但遗留了法的安定性隐忧;决疑法、过于具体的固定构成要件条款能确保法的安定性,但其灵活性的缺失将使类似案件无法可依,或者出现类案不类判的结果,有违平等原则。抽象法和弹性构成要件作为中间方案,通过明确法院适用一般条款应权衡的要素或将构成要件类型化,既拘束法院自由裁量,又保持规范的伸缩性,但适用空间不大。三类规范类型的使用取决于不同的民法制度、司法和学理的具体情况,无法一概而论。

(86) 参见张新宝《侵权行为法的一般条款》,《法学研究》2001年第4期,第42页。

(87) 参见王利明《侵权法一般条款的保护范围》,《法学家》2009年第3期,第31页。

(88) Canaris (Fn. 15) 82; Helmut Koziol, Das bewegliche System: Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik, ALJ 3/2017, S. 169.

(89) Vgl. Franz Bydlinski, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004), 309.

(90) Vgl. Helmut Koziol (Fn. 88) 162-163.

四 中国民法典外部体系效益的扩张

中国学界呼吁民法典编纂的技术理据是体系化,学者对民法典亦有强烈的“体系情结”。如果民法典编纂的最高技术追求是体系化,依据体系效益来检视民法典分则各编就具有相当意义。以下选择三个重要问题分析。

(一) 民法典的纯化

1. 民法典与公法规范

中国民事单行法饱受诟病的一大问题是公法和私法混杂。民法典编纂也延续了这一做法。《民法总则》在法人部分,规定了事业单位法人(第 88-89 条)、机关法人(第 96-98 条)、社会团体法人亦包括公法人。民法典不可能规定公法人的设立依据、组织构造、目的事业等内容,它纳入公法人唯一的意义是明确公法人从事民事活动时适用民法典,这完全可以在法人的一般规定部分用简单的一条明示。目前,分则各编的《室内稿》也有诸多公法规范。《物权编》(2017 年 11 月 8 日室内稿)涉及公法规范的,总共有 44 条,占全部条文的 17.81%。其第 10 条沿袭了《物权法》第 13 条,规定了不动产登记机构不得要求动产进行评估等禁令,第 40 条照录了《物权法》第 42 条。《合同编》(2017 年 8 月 8 日室内稿)第 54 条对《合同法》第 127 条只字未动,规定了工商行政管理部门和其他有关行政主管部门对合同的监督权。

无疑,公法和私法相互影响甚至交融是国家职能转化和社会复杂化的必然结果,但这并不意味着在体系上公法和私法就应杂糅。公法和私法的特异混合,多少也显示了立法者对民法作为万能法的寄望,是用一部民法典治理社会的“泛民法思维”。⁽⁹¹⁾ 在当今中国,过于强调民法典传统上的宪法功能,不仅是极强的历史感错误,而且殊不利于中国法整体的体系化。尽管这些规定在中国有其限制行政权力滥用等特殊功能,但借民法典编纂立法良机,系统整合中国法,倒逼公法的完善,价值更为重大。由于公法与私法在法律体系上泾渭分明,民法典中公法规范也仅可能停留于一种文本意义上的作用,未必能实现真正的限权作用。因此,民法典应剔除公法规范,使公法私法各归其位。即便是控权功能突出的征收制度,民法典也不宜规定。⁽⁹²⁾ 此外,民法典也不宜简单采用引致性规范,通过“法律另有规定”的但书转致到公法,因为私法自治和公法管制存在价值冲突,只有通过权衡私法是否容让公法、容让到何种程度时,才能决定到底采取转介规范还是引致规范。这涉及私法内部体系问题,此处不再铺陈。

2. 民法典和特别民法

如何处理民法典与特别民法的关系,是后发国家编纂民法典面临的巨大挑战。在中国民法典编纂中,两者的关系主要涉及两个重要问题。

(91) 参见林来梵、朱玉霞《错位与暗合——试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向》,《浙江社会科学》2007 年第 1 期,第 89 页。

(92) 参见苗连营、郑磊《民法典编纂中的宪法三题》,《法制与社会发展》2015 年第 6 期,第 80 页。

(1) 如何区分民法典和特别民法的调整范围

在社会分工日趋细密、社会领域分化明显的情形,民法典尽可能扩大调整领域,彰显其私法基本法地位,充分激发体系效益,自然值得追求。但当领域的扩张与民法典的社会基本法属性发生冲突时,应确保民法典的中立性和稳定性。由此,民法典进入社会新领域的前提是:这些领域将长期存续,且形成了稳固的、类似实践中的自然法规则。⁽⁹³⁾ 如果能从特别民法中提炼出一般规则,将其纳入民法典,当然值得期待,但目前希望还不大。

在界分民法典和特别民法的调整内容时,最疑难的领域是同时涉及民商的领域。可以考虑的思路是:若该领域法律规范众多,民法典可设立总则性规定,由商事单行法作出具体规定,如民法典合伙协议部分可作为《合伙企业法》的总则,法人部分可以成为《公司法》的总则。在合同领域值得一提的是,《合同编》(室内稿)依循《合同法》民商合一的传统,在分则部分增加了特许经营合同。按照民法典选择法律素材的标准,有名合同入编至少要满足合同的普遍性和规则的稳定性两个要件。特许经营合同在商业实践中适用广泛,且作为一种交易模式无可替代。但与保理、信用卡等新兴业务领域一样,它的规则还在生成,并未固定。如该室内稿第363条第2款未区分特许经营的不同类型,一概规定“被特许人应当允许特许人合理地查阅自己的会计账簿”,可能就会危及被特许人的自由。第368条规定合同可以约定,被特许人在合同终止后承担竞业禁止义务,但期限不能超过两年。是否还应限制合理地域?合同存续期间,被特许人是否就不承担这一义务?此外,特许人过度控制被特许人的,是否可以参酌刺破法人面纱规则,特许人亦对被特许人经营过程中造成的损害承担连带责任?在这些规则并未达成共识时,留待兼具公法和私法规范的行业立法或司法解释可能更好。

如果传统民法调整的某种模式化社会行为,在新社会情势下已由特别法部分调整,则应同时将其纳入民法典。最典型的就是雇佣合同。鉴于雇佣的普遍性,传统民法典几乎均将其作为有名合同纳入。中国民事单行法却一直未纳入雇佣合同,原因可能受苏联法影响,认为劳动力是人格的一部分,不能构成商品,否则将导致人的严重异化。但司法实践一直区分劳务关系和劳动关系,前者即雇佣关系。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条、第11条亦规范了雇佣关系中的侵权责任。在合同领域,大量的劳务关系只能按照合同法一般原则进行审理,实际上是无法可依。⁽⁹⁴⁾ 民法典接纳不具有从属性的劳务关系,将其有名合同化,既能为大量的雇佣合同提供制度资源,又充分尊重劳动法的特殊性。⁽⁹⁵⁾ 劳动法未规定的内容,同样适用民法典。

(2) 有无必要通过“法律另有规定”连接特别法

中国民法一大特征是设置“法律另有规定”的但书,如《民法总则》法律除外条款高达47条,占全部条文的22.81%。其中很大一部分引致的是特别民法,而且并没有清楚说明引致的到底是哪部法律。虽然有学者主张民法典作为基本私法,其规范构成哈特意义的

(93) 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。

(94) 参见郑尚元《民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位》,《法学家》2016年第6期,第63页。

(95) 参见谢增毅《民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则》,《中国法学》2016年第4期,第99-110页。

承认规则,⁽⁹⁶⁾但依据《立法法》,民法典和特别民法的效力位阶相同,不过两者存在优先适用和补充适用的关系而已,民法典并不具有授权全国人大常委会制定特别民法的功能。况且《民法总则》第 11 条还明确规定了它和特别法的适用关系,民法典的其他条款实在没有必要再重复这种但书。它不仅没有任何价值,反而会“减损了法典化的价值和功用,使得法典化在相当程度上蜕变为某种形式的汇编”。⁽⁹⁷⁾

(二) 民法典的抽象与具体

民法典体系效应的前提之一是规范的层次性。民法典应抽象到何种程度才能使体系效益最大化,是编纂技术的最大难题。这里分析两种不利于体系效益的立法思路。

1. 过度具体化

与理论界的体系情结截然不同,中国民事立法尤其是司法解释更多呈现的是实用倾向,其代表首推《侵权责任法》。它不仅尽量纳入了各种侵权行为类型,而且不惮其烦地进行列举,如第 2 条列举了 18 种合法民事权益。中国学者也认为,《侵权责任法》关于特殊侵权责任制度的规定,“美国侵权法的元素比较丰富”,借鉴了英美侵权行为的类型化经验。⁽⁹⁸⁾域外观察者甚至认为,“在许多方面,它看起来更像普通法国家的侵权法”,是大陆法和英美法的“杂交体系”。⁽⁹⁹⁾其立法思路委实不太容易理解:一方面,它规定了侵权责任的大小一般条款,覆盖了全部侵权责任类型;一方面它又规定了诸多以过错为归责原则的侵权责任类型(如医疗责任等)。即便其第 2 条繁琐的列举,也难以明确侵权责任的要件,如加害人导致股权蕴含的财产减少,恐怕很难构成对股权的侵权,⁽¹⁰⁰⁾将股权笼统作为侵权责任客体的弊端显而易见。这种个案导向的规范风格具有强烈的决疑色彩,与通过一般条款规范侵权的大陆法传统相去甚远,甚至可被视为“法律技术不发达时期”的立法产物。⁽¹⁰¹⁾

为矫此弊,中国民法典编纂的抽象化努力可着眼于如下方面:

第一,在分编层面,增设债法总则。在民法典编纂工程启动之前,学界对债权总则单独成编基本已形成共识,即将传统债编扩充为债法总则、合同法、侵权法三编。晚近的立法计划明确放弃了债法总则,在学界却未引起太多议论。

债法总则在体系上的重要性毋庸置疑。实务中,裁判者不仅熟稔债权概念,而且对债法法理的运用亦有相当深度,如涉及“不真正连带责任”的判决书都不在少数。⁽¹⁰²⁾在侵权责任独立成编后,学界主张废除债法总则的根本理由是:赔礼道歉、消除影响、恢复名誉不

(96) Dru Stevenson, *Costs of Codification*, 2014 *U. Ill. L. Rev.* 1129, 1133 (2014).

(97) 石佳友《民法典的立法技术:关于〈民法总则〉的批判性解读》,《比较法研究》2017 年第 4 期,第 137 页。

(98) 参见杨立新《中国侵权责任法大小搭配的侵权责任一般条款》,《法学杂志》2010 年第 3 期,第 12 页。

(99) 参见[美]戴杰(Jacques deLisle):《中国侵权法的普通法色彩和公法面向》,熊丙万、刘明、李昊译,《判解研究》2014 年第 2 辑,第 161 页。

(100) 参见贺栩栩《侵权责任体系构造的方法论基础》,《私法研究》第 18 卷,第 127 页。

(101) 参见石佳友《民法典的立法技术:关于〈民法总则〉的批判性解读》,《比较法研究》2017 年第 4 期,第 132 页。

(102) 以“不真正连带责任”在中国裁判文书网检索到的案例共 955 篇:民事案由 954 件,执行案由 1 件;判决书 886 篇,裁定 69 篇;最高人民法院 7 例,高级人民法院 34 例,中级人民法院 494 例,基层人民法院 413 例。2014 年之后每年相关案件量在 200 件左右。

具有财产属性,并非债;侵权行为的全部法律效力都是责任。⁽¹⁰³⁾但作为民法体系支柱的债权,其内涵只是请求他人作为或不作为一定行为的权利,并不限于必须具有财产利益。⁽¹⁰⁴⁾中国债编体系化的真正难题在于侵权责任独立成编,将侵权的法律后果界定为责任而不是债,⁽¹⁰⁵⁾违约的后果也是责任,但不当得利、无因管理却产生债的效力。因此,即便制定债法总则,逻辑上也只能称为“债与责任”,⁽¹⁰⁶⁾这也无法根本解决债与责任分离的难题。一种替代思路是将侵权责任编修改为“侵权编”,与合同编对应,并以违约救济取代违约责任,但这涉及《合同法》结构的大调整,恐难践行。

若新规定债总,也应尽可能利用债权概念的体系效益。可以考虑的做法是:其一,将合同、侵权之外的其他债权并入侵权编,名称修改为“非合同之债编”,分别规定侵权行为、无因管理、不当得利和单方允诺。这样既可区分合同和非合同之债,也扩大了侵权编的容量,结构还更为匀称,⁽¹⁰⁷⁾比《合同编》(室内稿)将不当得利等置于合同总则部分亦更符合逻辑。其二,设置其他债之关系参照适用或准用合同规范、侵权规范的具体规定,⁽¹⁰⁸⁾如其他债权可准用代位权或清偿规则。

第二,在各编内部,尽可能增设一般性规定。中国单行法向来重视总则一分则的层次区分,但在分则的层次建构方面尚有待深挖。以下以两例说明。

为保障体系效益要求的调整范围的综合性,《合同法》第124条、第174条规定了无名合同和其他有名合同的准用规范,但准用未必契合某些合同的特质。在分则内部,还可以考虑提炼服务合同的一般规则。因为市场交易的标的无非商品和服务,服务又可分为提供工作成果(承揽、运输等)和提供单纯劳务(雇佣、委托)的合同。这些合同的普遍性和规则的稳定性,可以支撑服务合同的一般规定。《欧洲示范民法典草案》规定了服务合同的一般规则,下设建筑合同、加工承揽合同、仓储合同、设计合同、信息和咨询合同、医疗合同等有名合同。⁽¹⁰⁹⁾《欧洲服务合同法原则(PELSC)》(2005年)也确立了服务合同法一般规则,下设建设合同、承揽合同、保管合同、设计合同、信息合同、医疗合同。《荷兰民法典》第一次对服务类合同作了普遍规定,日本债权法修改过程中亦有此类提案。⁽¹¹⁰⁾《合同编》可考虑设置服务合同的一般规定,其抽象性介于合同法分则与总则之间,同时保留承

(103) 参见张素华《有关债法总则存废的几个基本理论问题》,《法学评论》2015年第2期,第134页。

(104) 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11页。MüKoBGB/Bachmann BGB, 2012, § 241 Rn. 1.

(105) 孙宪忠研究员认为,《侵权责任法》“不仅使民法科学的内在逻辑遭到损害,而且为我国制定民法典制造了障碍”。参见孙宪忠《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54页。

(106) 参见王竹《民法典起草实用主义思路下的“债法总则”立法模式研究》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第121页。

(107) 参见朱广新《论债法总则的体系地位与规范结构》,《北航法律评论》2013年第1辑,第77页;杨代雄《我国民法典中债权法的体系构造》,《法学杂志》2007年第6期,第142页。

(108) 参见张家勇《一般债法在未来民法典中的规范配置》,《北航法律评论》2016年第1辑,第89页。

(109) 参见高圣平著《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,中国人民大学出版社2012年版,第243页。

(110) 参见战东升《民法典编纂视野下的服务合同立法——日本立法经验及其借鉴》,《法商研究》2017年第2期,第124页。

揽、保管和委托三大类具体服务合同。⁽¹¹¹⁾ 因中国法以严格责任为违约归责原则,通过区分结果义务与手段义务的违反后果,限缩严格责任在服务合同中的适用有其必要。若不作一般规定,则可选择承揽或雇佣合同为服务合同的原型,通过准用条款将其适用于其他类服务合同。

又如,《物权法》第 176 条只规定了混合共同担保,即“被担保的债权既有物的担保又有人的担保”,未涉及共同抵押、共同质押或抵押质押混合担保等共同物保行为。《物权编》(室内稿)第 180 条通过提取公因式,将其扩大“债权有多个担保的”情形,值得肯定。

2. 过度抽象化

这针对的是中国法固有的“宜粗不宜细”立法思路。民法典作为私法基本法,应尽可能为经济和社会生活提供制度资源,民法典规则过于简陋,不仅将再度延续司法解释远多于法律的不正常现象,也将严重损伤民法典的权威。

“宜粗不宜细”的思路在民法典编纂过程中亦有体现。这里以占有制度为例说明。《物权法》关于占有的规定只有区区五条,室内稿亦全封不动,忽视了占有的重要性,无法支撑司法实践。可以考虑新增占有重要分类,至少纳入直接占有与间接占有、单独占有与共同占有;其次,对所有人—占有人关系规则,《物权法》用了 3 个条文,虽然数量接近于域外法典,但其内容过于简单,宜作补充。

立法者在具体与抽象之间的抉择遭遇的最大问题是,如何区分哪些内容应由法律进行规范,哪些内容应由学理解决。如是否规定故意侵权之债不能作为主动债权抵销,《民法总则》未规定单方虚伪意思表示是否构成体系瑕疵。从比较法经验看,这一边界相当模糊。必须承认,每部民法典调整的细节规定各有不同,民法典的特色有时不是它调整了什么,而是它没有调整什么。建议考虑的标准是:如果某个问题无法从既有法律规范和社会普遍交往规则中导出结论,当事人又均可能援引民法基本原则支持自己主张的,宜作出规定。如《民法总则》删除的意思表示撤销能否对抗善意第三人的规范,涉及胁迫受害人能否对抗的特殊问题,有必要规定;又如占有人的追索权涉及双方的绝对权益冲突,亦应由法律明确。值得一提的是,中国民法似乎偏好定义性条款,忽视了立法与学理的差异。法谚云“法律中的定义都是危险的”;波塔利斯也指出“用于定义的词语比定义还难界定。凡定义、教育和学说都属于科学,凡秩序和规则都归法律。”⁽¹¹²⁾《德国民法典》第 241 条第 1 款对债权的界定,也被认为只是理论界定,并没有多强的表达力。⁽¹¹³⁾ 因此,除非法律上的定义与生活术语明显有别,否则不宜明确定义;专业定义也可留待学理阐释。

(三) 民法典规范的表达

现行民法存在诸多行为规范,已遭受较多批评。实质上,行为规范都是裁判规范,但裁判规范不必然是行为规范,⁽¹¹⁴⁾ 大多数规范同时兼具两者的属性。问题出在现行法存在大量使用“不得”、“应当”等表述的条文,导致规范呈现强烈的行为引导和调整色彩,如

(111) 参见周江洪《服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建》,《法学》2008 年第 1 期,第 77-80 页。

(112) Alain Levasseur, *Civilian Methodology: On the Structure of a Civil Code*, 44 *Tul. L. Rev.* 693, 698 (1970).

(113) MüKoBGB/Bachmann BGB, 2012, § 241 Rn. 1.

(114) 参见黄茂荣著《法学方法与现代民法》(第 5 版),法律出版社 2007 年版,第 141-142 页。

“不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息”(《民法总则》第 111 条),全然背离了民法作为权利法的属性,将其改造为标准的“if-then”型的请求权基础规范更佳。

行为规范和裁判规范的深层问题在于民法典应追求精准表达还是通俗表达。因为“不知法不免责”强调法律公开、易懂是法治的基本要求。边沁就极其强调法典的通俗化“法律使用的是普通人熟悉的语言,人人都可按需查找法律。法典和其他书籍的区别就在于它明白晓畅,通俗易懂。一家之主无需他人帮助,就能用它教育孩子。”⁽¹¹⁵⁾《法国民法典》和受其影响的《魁北克民法典》都隐藏了这样一种观念“法典不应当是写给专家看的,而是给普通人看的。”⁽¹¹⁶⁾追求法律通俗化的极端例子是《普鲁士普通邦法》。尽管它尽可能使用了通俗表达,而且都是短句(几乎每条就一款),其起草人史瓦茨还是认为,法典如果过于庞杂,国民就不可能了解其内容。其后,该法公布了两个版本,一个专业版,一个市民版(第二法典或民众法典),最终后者还是未施行。⁽¹¹⁷⁾

如果法典能以通俗语言精确表达的,当然应以通俗为佳。然而,正如法国民法典的奠基人波塔利斯清醒意识到的,法律的通俗表达容易与法律无漏洞的追求产生矛盾。⁽¹¹⁸⁾在精准与通俗成为鱼和熊掌时,民法典应倾向前者。原因在于民法规则无非社会交往中的实践理性的表达,并未偏离普通人朴素的正义感情和道德直觉,立法者要强调民法的行为引导功能,可能有点南辕北辙了;民法规范更多的是对裁判者的强制和约束,而不是引导当事人的行为选择。与其为了通俗使用暧昧不明的术语,不如使用更为精确的专业语言,后者更具有适应新情势的延展性。“当法律术语作为法律推理的工具时,不能因为‘人民法典’这样的修辞说法而弱化其复杂性。”⁽¹¹⁹⁾当然也没必要刻意追求法律家语言。比较法上的一个有趣例子是,英国 1987 年的《消费者保护法案》第 3 条在落实欧盟产品责任指令(85/374/EEC)第 6 条时,对“产品说明”这几个字,用了 45 个单词,却没有增加任何实质内容。循此,中国民法典编纂时,应修订不在少数的不精确表达,如不区分解除、终止等。

五 结束语

民法典外部体系的建构只是立法者将社会纳入形式理性治理计划的外化,其实是表达的艺术,但不是艺术的表达,而是关乎社会治理和法律适用的立法活动。“一部民法典有它的质地,它的声音,它的基调。它的质地归于社会,归于经济,归于政治,归于伦理。它的声音源于人民、源于学者、源于编撰者、源于法官……”⁽¹²⁰⁾外部体系决定了民法典的风格,是衡量民法典品质的重要标准,不可谓不重要。

(115) Gunther A. Weiss, *The Enchantment of Codification in the Common-Law World*, 25 *Yale J. Int'l L.* 435, 480 (2000).

(116) Paul-A. Crepeau, *Civil Code Revision in Quebec*, 34 *LA. L. REV.* 921, 932 (1974).

(117) 参见[德]韦伯著《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2005 年版,第 291-293 页。

(118) Gunther A. Weiss, *The Enchantment of Codification in the Common-Law World*, 25 *Yale J. Int'l L.* 435, 469 (2000).

(119) 参见索马《第三个千年之中的民法典编纂:对法律史与立法政策的反思》,薛军译,《中外法学》2004 年第 6 期,第 679 页。

(120) Michael Mc Auley, *Proposal for a Theory and a Method of Recodification*, 49 *Loy. L. Rev.* 261, 269 (2003).

中国民法典要实现编纂的技术目的,避免将民法典汇编为后现代意义的拼贴,就应建构领域广泛、层次分明、意义关联、前后一致的外部体系。若民法典的体系效益过小,司法界不得不承担艰难的法律解释职责,理论界不得不承担繁重的再体系化任务。两相比较,编纂时参互考寻,抉奥阐幽,使民法典成为不刊之典,更为稳妥。

[Abstract] The civil code is a unity of facts, logic and value. Both external system and internal system are descriptive concepts. In the process of legislation, the construction of external system can be relatively independent. The system benefit of the civil code is mainly reflected in the expansion of the scope of regulation, the guarantee of legal autonomy, the achievement of self-consistency and self-sufficiency, and ultimately the strengthening of the binding force and stability of law. The system benefit of civil code is more obvious in a complex society. System benefit originates from the comprehensiveness of the scope of adjustment, the hierarchical structure of the normative content and the logicity of legal meanings. The system benefit of a civil code is higher than that of separate civil laws. There are three styles of civil code: casuistry, principle and abstraction. Among them, the last one can best promote system benefit. According to the adjustment matters, a civil code should contain general clauses, clauses on fixed constitutive elements and elastic clauses, so as to maximize the efficiency of the system. As far as the external system is concerned, in the compilation of the Civil Code, China should maintain as far as possible the pure private law nature of the Code, remove from it public law clauses and unhelpful citation clauses, avoid being excessively abstract or over-specific, increase both the supply of important rules and the adaptability of the rules to new situations, adopt complete articles as far as possible, take norms of adjudication as the main body of the Code; and, if the expression of an article cannot be accurate and easy to understand at the same time, give priority to accuracy over understandability.

(责任编辑:姚 佳)