

● 民商法

关于编纂民法典的若干思考^{*}

汪安亚¹, 侯向磊²

(1. 中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430074;

2. 武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 汪安亚(1966-), 男, 湖北黄梅人, 中南财经政法大学法学院经济法系讲师, 主要从事民商法学研究; 侯向磊(1973-), 男, 山东临沂人, 武汉大学法学院法律系博士生, 主要从事民商法学研究。

[摘 要] 编纂我国民法典应坚持适当借鉴外国的经验, 注重继承和创新, 重视发挥学者作用的原则, 编纂模式应采用汇编与制定相结合的方式; 在民法典的体系结构上应坚持人格权独立成篇, 合同与侵权行为从债法中分离出来分别立法的观点, 同时, 应将知识产权法作为民法的重要部分纳入民法典; 民法典的具体内容应体现全面丰富, 可操作性强兼具一定灵活性的特点, 应特别注意为新科技引起的社会关系提供可适用的民法规则。

[关键词] 编纂; 民法典; 思考

[中图分类号] DF51 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001)06-0754-05

一、编纂民法典的指导思想及其编纂模式

(一) 适当借鉴外国民法典, 注重取舍和创新

学术界在讨论民法典编纂问题时, 有一种不自觉的倾向: “言必称法德”, 似乎中国民法典只有在国外那几部民法典基础上制订才算是科学。诚然, 编纂民法典不可能不借鉴外国法典的编纂经验, 但若借鉴的分寸掌握不好, 就无法正确摆正继承、借鉴与创新三者之间的关系。

借鉴外国法制, 是清末民初以来我国民事法制一直坚持的方向。从《大清民律草案》到国民党时期的民法典, 都大量借鉴了德国、瑞士、法国、日本等国民法典的有关内容。而新中国民事法制则转向借鉴前苏联的法律, 20 世纪 70 年代末 80 年代初的几个民法草案和后来颁行的《民法通则》都清楚地说明了这一点。80 年代中期以后, 随着改革开放的深入开展和学术思想的解放, 有关外国法研究和借鉴的理论思潮空前活跃, 民事立法也随之进入了广泛借鉴他国立法经验的时期, 不仅大陆法系, 而且英美法系的法律制度也深深影响了我国的立法, 《合同法》《信托法》等法律便是明证。

我国早期民事法制之所以大规模地借鉴外国的民事法制, 主要原因是我国缺乏民法的本土资源, 没有形成固有的民法传统, 甚至连“民法”一词都是舶来品。如果说这一原因能够解释清末以来中国民法必须秉承借鉴传统的话, 那么在当今民法典编纂问题上, 仍将这一原因作为“言必称法德”的借口, 就显得不合时宜了。这是因为, 当今中国出现了前所未有的两大情势: (1) 经过几十年的民主与法制建设, 中国

* 收稿日期: 2001-07-06

民法已具有相当的本土资源。这不仅体现在民众权利意识的觉醒和法学研究的昌盛上,而且体现在中国一些现行民事法律制度上,如土地制度、国有企业经营制度、婚姻家庭制度等,这些制度是和改革开放实践紧密联系在一起的符合中国国情的制度,是我国民法的本土资源;(2)在生物技术、电子技术、电子商务等领域,中国与其他发达国家已是并驾齐驱,有关这些领域的立法,国外无先进成熟的经验可供借鉴。如果说在其他领域借鉴外国民法典是因为外国的有关法律规则是经过长期实践检验而被认为是行之有效的,那么在当今各国都正在致力发展的新领域,却不存在经历了实践的长期检验的法律规则。上述两个情势存在,说明了当今中国已不再是大规模借鉴外国民事法制的时代。

中国民法典的编纂,应摒弃那种以借鉴为主的倾向,科学地把握好借鉴外国法制的分寸,注重继承和创新。首先,民法典的编纂须大量继承现行的民事法制。迄今我国已颁布了大量的民商事法律,编纂民法典不能脱离这些法律,应在此基础上认真的予以梳理,继承其行之有效的规则。脱离现行的民事法制,不注重继承法制建设的优秀成果,是不可能编纂出一部好的民法典来的。其次,民法典的编纂应大胆创新。我们要制订的民法典是一部面向新经济时代的民法典,它必须是一部充满时代气息的现代化法典。这仅靠借鉴外国现有的法律规则是远远不够的,那样只会使其沦为上一个世纪的尾声。要使民法典成为能够解决未来问题的现代化法典,就必须创新。最后,民法典的编纂要科学把握好借鉴外国法制的分寸。民法典的编纂不能一味参考外国法制,借鉴只是辅助手段,必须是在对外国的法制谨慎鉴别的基础上进行,同时,需要认真研究以下几个问题,即某一外国法制正常需要什么样的社会环境,需要什么样的配套机制,对中国社会是否重要到非有不可的地步^[1](第 11 页)。

(二) 民法典的编纂应坚持采用汇编与制订相结合的模式

民法典的编纂必须在继承我国现有民事法制建设成果的基础上进行。目前,我国已初步建立起了以《民法通则》为核心,各单行法规相配套的民事法律体系,民法典的编纂必须在这一体系的基础上进行。如果抛开当前的民事法律,另外制定的一部民法典,必然会造成立法资源的浪费。但要注意,现行的民事法律体系还有许多不完备的地方,需要制定一些新的规则予以补充和完善。因此,则应采取汇编与制订相结合的编纂模式。

此外,应注重充分发挥学者在民法典编纂中的作用。学者的思想对民法典的编纂起着极其关键的作用。这种作用大致表现在两个方面:(1)如果社会上存在着推动民法典编纂的法学流派和法律学说,那么这不仅在很大程度上将影响到国家立法机关制订民法典的决心,而且各种学术思想也会以不同的方式融入法典中,从而决定某些具体的法律规范。例如,在德国民法制订之时,法律大臣萨维尼是反对制订民法典的,与他的观点相反,自然法学派的代表蒂博特教授则主张及时制订民法典并在与历史法学派论战中取得胜利,这直接促成了德国民法典的诞生。瑞士民法典实际上是民法学家尤金·胡伯教授的个人创作^[2](第 21 页)。从我国的立法实践来看,几乎每部法律的出台都是与学者的参与分不开的,民法典的编纂更应如此。(2)编纂民法典是一项系统而复杂的工程,仅靠立法机关的努力是远远不够的,必须发挥学者参与的积极性。目前,立法机关虽吸纳一部分学者参与民法典的编纂工作,但做得还不够,立法机关应调动全国法学研究者的积极性,为他们的参与创造良好的条件,在全国形成法典编纂的大讨论。只有这样,才能为民法典的编纂创造良好的理论准备,才能使民法典经得住理论的推敲。

二、关于民法典的体系结构

从各国民法典的体系结构来看,民法典的体例结构主要有两种形式:一种是罗马式,又称法学阶梯式,始于罗马法学家盖尤斯的教科书体例。该体例由人法、物法及诉讼法 3 编构成。法国民法典即采取了这一体例,即第一编为人法,第二编为财产法,第三编为财产权取得方法。法国民法典后又为西班牙、意大利等国所仿;另一种是德意志式,又称潘德克吞式,系德国学者首创,其特点是民法典设总则编,规定民法通用的共同规则和制度。另有债务关系法、物权法、家庭法及继承法 4 编。各编也有自己的共同

规则。现行日本民法及我国台湾民法总体上也采此例,只是先后次序及各部分具体内容不同。

对我国民法典的体系结构,极个别学者主张借鉴法学阶梯式的结构^[3](第 7 页),而大多数学者主张借鉴潘德克吞式结构,但在具体设计上又有所不同。如有的学者认为民法典应分为如下 7 编:总则、人格法、亲属法、物权法、合同法、继承法、侵权法^[4](第 14 页)。有的学者认为民法典的体系应采用潘德克吞式,设立总则篇,但就其他篇章而言,则可以根据我国实际情况加以分析,不必过分拘泥于此种模式,并主张将侵权行为法从债法中分离出来^[5](第 48 页)。还有的学者主张我国民法典应将知识产权法独立成篇。总之,就我国学者对民法典体系结构的讨论来看,大家较为一致的观点是,民法典应有一个总则,物权法、继承法、亲属法独立成篇;有争议的问题是,人格权能否独立篇,如何在体系上处理债、合同、侵权行为以及民事责任的关系,对知识产权法应如何处理。笔者认为:

(一)人格权应独立成篇

从各国的民法典来看,对人格权在体系上的重视,首推《瑞士民法典》,它在“人法编”中设专节规定“人格法”,但《瑞士民法典》并没有从权利的角度去详尽的规定人格权利,只是从民事主体资格及此种资格的保护的角度对“人格”做了规定。所以《瑞士民法典》虽在体系上对“人格”的规定有所创新,但它同法、德等国的民法典一样,在体系上都没有突出人格权制度,而是将其淹没于其他的制度中。可见,将人格权独立成篇,国外尚无可供借鉴的范例。

能否因为国外没有先例就断然否定人格权独立成篇呢?显然不能。人格权能否独立成篇不是取决于国外是否有此种先例,而是应立足于我国现实,对人格权独立成篇的必要性理智地予以分析,看我国民法典是否真正需要做出这种安排。笔者赞成人格权独立成篇的观点,理由如下:

1.在“以人为本”的现代社会,人格权日益为人们所强调,内容日趋丰富,有必要专篇予以规定。二战以来,人类文明的重要成果之一是人自身得到了前所未有的法律保护,生命、健康、姓名、名誉、隐私等都成为法律所保护的主体。人格权已形成一个内容丰富的权利体系。如果不设专篇规定人格权,而是将其分散于民法典的其他章节中,则势必会影响这一权利体系的和谐统一,不利于充分保护人格权。

2.《民法通则》的实施实践表明,将人格权专篇规定,是切实可行的。《民法通则》在“民事权利”一章中规定了“人身权”,并因此赢得了“中国 80 年代的人权宣言”的国际美誉。这是我国民事立法的大创新,实践也证明这种作法对民事主体人身权保护起了良好的作用。民法典有必要继承这一作法。但《民法通则》所规定的人身权,包括了人格权和身份权(如荣誉权、婚姻家庭方面的条文)两方面的内容,而身份权在民法典中无疑应被规定在亲属法和民事主体制度中,因此在民法典中能够独立成篇的只能是人格权了。将人格权独立成篇,是对《民法通则》的继承和发展。

3.从形式理性讲,将人格权独立成篇至少有三大优点:(1)这样安排能体现出民法的调整对象,说明民法不仅调整物权、债权等财产关系,而且也调整人身关系;(2)这样安排能体现出民法之“人法”特性,体现民法对人的终极关怀;(3)这样安排能体现出我国对人权的关注和保护。

(二)在体系上应妥善处理债、合同、侵权行为及民事责任的关系

传统民法典基于债的发生原因,将合同、侵权行为都规定在债编中,这种体系随着合同和侵权行为制度的发达,其不合理性日益明显,因此受到多数学者的质疑。目前,我国不少学者主张将合同和侵权行为分别规定。笔者也赞同这一观点,因为我国合同法已形成内容丰富且相对完整的体系,若将其仍列为债编中的一个章节,则会造成民法体系的不匀称。另外,侵权法的内容随着社会的发展,日益丰富,其自身已形成体系,不宜再作债的发生原因屈于债编之一隅,而且传统民法将侵权行为归于债编本身也存在理论缺陷。但是,如果将合同与侵权都独立成篇的话,民法典在体系上还要不要债编,如果要,又怎样安排它与合同、侵权行为的关系。笔者认为,民法典可不设债编,因为债权法的核心问题是合同问题,债权法的一般规则即合同的一般规则,合同法已涵盖债法的大部分内容。传统债通则的有关内容,若将之置于合同或侵权中不合适,则可考虑将其置于民法典总则有关民事行为的内容中。

合同与侵权行为都分别独立成篇后,如何处理它们与民事责任的关系,这是必须要解决的问题。对

民事责任的立法体例,我国《民法通则》打破传统大陆法系民法典将民事责任在各民事制度中分别规定的作法,将其独立成章,这无疑开创了现代民事责任制度的立法新体例,表明了我国民法对权利的保护和重视。但这种立法体例也存在缺陷,如使责任与义务分离,没有规定除违约责任和侵权责任外的其他民事责任等^[6](第 2 页)。笔者认为,在将合同与侵权都独立成篇后,若仍将民事责任独立,将违约责任与侵权责任置于其中,则有损合同法和侵权法的统一,在客观上造成义务与责任的分离。所以,我国在制定民法典时,就将各自具体的民事责任规定在各具体规定中,而对民事责任的一般问题,可在民法典总则中予以规定。

(三)知识产权法在民法典中应独立成篇

民法典是否应包括知识产权制度,民法学界存在争议。有的学者主张知识产权有其特殊性,并不完全适用民法的基本原则,其应成为一个独立的法律部门。笔者不同意这种看法。知识产权虽然有一定的特殊性,但仍是一种民事权利,《民法通则》所规定的民事权利体系中包含这一民事权利。知识产权已成为我国民法的重要组成部分。民法典应对知识产权做专编规定,否则,民法典权利体系就有欠缺。从国外来看,法、德等国传统的民法典都没有知识产权的规定,不过这是时代的局限,当时知识产权尚未形成相当的体系,也没有现代重要。时至现代,知识产权制度正日益受到各国的重视,民法典包括知识产权是晚近代起草民法典的国家需要解决的共同问题。最近通过的越南民法典将知识产权及技术转让规定在第六编;俄罗斯民法典有三部,第三部为知识产权法,正在制定中^[7](第 30 页)。我国要制定一部现代化的民法典,其中就不能缺少对知识产权的规定。

三、关于民法典的内容

民法典的具体内容如何,是一个十分复杂的问题,有待长期的理论准备和科学的论证。笔者认为,民法典内容的确需要注意以下几方面的问题。

(一)全面丰富,可操作性强并兼有一定的灵活性

1. 民法典的内容应尽可能全面丰富,就民法与人类生活的关系而言,民法来源于生活,最富有生活的品格,它告诉人们为人处世之方,待人接物之法,安身立命之术,是“生命的百科全书”^[8](第 18 页),因而民法典的内容应全面而丰富,尽可能深入到人们生活的方方面面,使人们的生命有所遵循。不过应该承认的是,由于受社会条件和法典制定者认识水平的限制,民法典不可能穷尽一切民事关系,但立法者仍应在当时的社会条件下做最大努力。有的学者认为,民法典不应是一部包笼一切民事法律关系的“大而全”的民法典^[9](第 1 页)。笔者不同意这种观点。民法典编纂在一定意义上讲,就是民事法律系统化的过程,是民事法律的总结、梳理与创新,因此民法典的制定者应尽可能地将现存行之有效的民事法律规范置于民法典相应的体系中,并在此基础上对民法尚未调整的社会关系制定出新规则,使民法典最终成为市民社会的“权利全书”。全面而丰富的民法典最直接的实用价值就是它全面集中地汇集了社会成员的社会生活规则,真正达到了类似“生活百科全书”的实效。

2. 民法典的内容应具有可操作性和一定的灵活性。民法典作为人们行为规则全书,其规定必须明确、确定、具体,即具有可操作性。否则人们就会无所适从,民法典就不能真正成为人们的行为规范。这就要求立法者在立法时,尽可能使法律条文周严、明确,前后协调一致,法律用语尽可能规范。但是,立法者由于受自己认识水平与社会条件的限制,对有些民法问题客观上很难规定得很具体明确,这就需要在民法典中规定一些原则性的条文,为以后进一步补充修改做铺垫,所以其内容应具有一定的灵活性。

(二)民法典应为新科技引起的社会关系提供相应的民法规则

当今世界,科学技术的发展日新月异,新技术革命的浪潮席卷全球,在“科教兴国”战略的全面实施下,21 世纪的中国将伴随“全球化”的脚步走向科技发达的知识经济时代。科学技术的广泛应用使社会生活中出现亟待民商法调整的社会关系和领域大量存在。首先,计算机信息网络技术的迅猛发展和应用

造就了新型交易方式——电子数据交易(电子交易),它使商业活动超出地理场所环境发展到电脑网络空间。其次,人工生殖、器官移植、克隆技术等生命科学技术的惊人发展对传统民商法律制度和学说提出新的挑战,动摇了自罗马法以来“谁分娩谁为其母”的法律原则,使亲子关系变得更为复杂。最后,科学技术的发展和运用给社会带来新的风险,侵权行为的方式或种类随之增加。如在 21 世纪,中国面临着工业化和信息化,这将会带来大规模环境污染、农药危害、计算机病毒的蔓延等,这就需要法律提供相应的权利救济规则。民法典在内容上应对上述新科技引起的社会关系提供相应的规则。

参 考 文 献

- [1] 孟勤国. 关于吸收和借鉴西方民法问题 [J]. 法学研究, 1999, (2).
- [2] 赵中孚, 郭 锋. 中国民法经济法理论问题研究 [M]. 北京: 法律出版社, 1991.
- [3] 徐国栋. 民法典草案的基本结构 [J]. 法学研究, 2000, (1).
- [4] 马俊驹. 现代民法的发展趋势与我国民法典立法体系的构思 [J]. 法律科学, 1998, (3).
- [5] 王利明. 民法典与社会转型 [J]. 中国人民大学学报, 2000, (1).
- [6] 王利明. 论民法典的制订 [J]. 政法论坛, 1998, (5).
- [7] 刘士国. 俄越民法典概要及对我国制定民法典的启示 [J]. 法制与社会发展, 1999, (1).
- [8] 邱 本, 崔建远. 论私法制度与社会发展 [J]. 天津社会科学, 1995, (3).
- [9] 江 平. 制订民法典的几点宏观思考 [J]. 政法论坛, 1997, (3).

(责任编辑 车 英)

On Compiling Code of Civil Law

WANG An-ya¹, HOU Xiang-lei²

(1. Law School, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430074, Hubei, China;

2. Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies WANG An-ya(1967-), male, Lecturer, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in civil law; HOU Xiang-lei(1973-) male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in civil law.

Abstract In compiling China's civil code, we should stick to the principles of using properly the laws of other countries for reference, and of attaching great importance to inheritance and innovation; and giving full play to scholars' roles, we should adopt the style of combining the collection with making as the compiling pattern. For the systematic structure of the civil code, we should insist that the Rights of personality will be the separate chapter; that the contract and Tort will be separated from the law of Debts and enacted respectively; and meanwhile, the law of intellectual property Rights will be brought into the civil code as a most important component as well. The specific contents of the civil code should embody the characteristics of being all-round and rich, of stronger operability and of certain flexibility. Special attention should be paid to offering the applicable principles of the civil laws to the social relations caused by modern science and technology.

Key words compile; civil statute book; ponder