

中国究竟需要一部什么样的民法典

——兼谈民法典中如何处理与商法的关系

赵万一

(西南政法大学,重庆 401120)

摘要:民法典不是一种简单的文本设计,而是一种理念、一种精神、一种文化,是抽象提炼的一些适用于所有社会主体的带有基础性的普适性规则。民法典的编纂与其说是一种重大立法活动,毋宁说是一种重大的国家政治行为。民法典制定的目的不应是单纯地为了填补法律体系上的缺失,更重要的应是利用民法典自身的丰厚文化意蕴和强大辐射功能,提振中国的法治文化和法治精神。民法典的制定必须有明确的法律精神、法律理念和法律价值作支撑。民法典应是公民权利的圣经,是公民基本行为的路引与航标,是一国民族精神和民族文化的体现和升华,是国家现代法治的主要载体。民法典的内容应以基本性、人本性、普遍性、典型性、重大性、稳定性和代表性作为设定条件。民法与商法的基本分工是:民法是调整商品经济的基本法,是市场经济的前置性法律;商法是市场经济的基本法,在市场经济法律体系中居于核心地位。在民法典编纂的技术路径选择上,基于节约立法成本和考虑社会的可接受程度,与其草率冒进地制定一部全新的民法典,不如在充分总结《民法通则》适用经验的基础上,对既有的较为成熟的《民法通则》进行扩充、改造和升级,将民法典打造成《民法通则》的升级版或2.0版。

关键词:民法典;立法要求;民商关系;立法模式

中图分类号:DF5 文献标志码:A DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2015.06.04

引言

民法典作为保障民事主体的基本权利和调整社会主体基本行为样态的基础性法律,其制定既是完善社会主义法律体系的基本要求,同时也是实现

中国梦的主要载体。但民法典的编纂并不是一个简单的法律条文设计过程,而是一个重大的国家政治行为,任何国家的民法典制定都毫无例外地承载了特定的历史使命,具有显著的时代特征。我国民法典的制定同样应当担负完善国家法治体系,实现国家繁荣富强的历史使命。在民法典的编纂已被写入《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》并且立法机关已实质上启动民法典立法的前期准备工作的时代背景下,如何最大限度地凝聚社会共识,科学提取能够造福于大多数人规则的最大公约数已成为摆在立法部门和理论工作者面

收稿日期:2015-08-01

作者简介:赵万一(1963),男,山东巨野人,西南政法大学民商法学院教授,博士生导师,法学博士。

前的一个神圣而艰巨的历史重任。而其中如何妥善处理商事立法与民法典制定之间的关系又成为决定制定民法典成败的关键因素。

一、民法是什么

作为民法典制定的前提是必须首先准确把握民法作为万法之母的原因及其精神实质,充分理解民法作为私法基本法的意义和价值。民法绝不是一些零散制度的简单拼接,而是一种有明确价值追求和深厚理念支撑的先进制度集合体,充盈其中的是深邃的人类理性之魂,制度背后荡漾的是平等自由的人文精神和彰显人自身价值的普适性现代文化。通过研读民法制度的发达史我们不难看出,作为人类文明结晶的民法具有如下一些作用和要求:

(一)民法是调整商品经济关系的基本法律制度

民法产生于商品经济的土壤,民法的发展始终和商品经济保持非常密切的联系。对此列宁曾精辟指出:“马克思屡次说明商品生产者的关系是法制国家公民权利平等和合同自由等等原则的基础。”^[1]古罗马由于地理条件的优越,曾一度成为欧亚非贸易的中心,商品经济的发展水平也远远高于世界其他地方。发达商品经济造就了一部“简单商品生产即资本主义前商品生产的完善的法”^[2]——罗马法。这部以民法为主的奴隶制法律,对简单商品生产的一切本质的法律关系,如买主与卖主、债权人和债务人、契约、债务等,都作了无比明确的规定,使其成为保障罗马商品经济发展的强有力武器。资本主义社会是商品经济占主导地位的社会,在这一社会中,商品经济获得了空前的繁荣和极大的发展。其触角几乎渗透到社会政治经济生活的各个方面。由于这种经济形态可以充分调动人们的竞争意识,可以最大限度地发挥各生产主体的生产积极性,因此极大地促进了生产力的发展。“资产阶级在它的不到一百年的阶级统治中所创造的生产力,比过去一切时代创造的全部生产力还要多,还要大。”^[3]高度发达的商品生产,要求有相应的法律调整,从而出现了划时代的资产阶级民法典——《拿破仑法典》。这部“资产阶级社会的典型的法律全书”(恩格斯语),对商品生产者的利益,对

商品生产的规则作出了详尽具体的规定,成为以后各资本主义在国家制定民法典时争相效仿的典范。可见,民法与商品经济是休戚与共、共消共长的,没有发达的商品经济就不可能有完备的民法制度。

(二)民法是人类社会生活的基本准绳,是市民社会的基本法

马克思在《〈政治经济学批判〉序言》中曾指出:“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系,这种物质的生活关系的总和,黑格尔按照18世纪的英国人和法国人的先例,概括为市民社会,而对市民社会的解剖应该到政治经济学中去寻找。”^[4]相对于其他法律而言,由于民法“在本质上就是确认各人与各人之间的现存的,即在一定情况下是正常的经济关系”^[5],而民法的首要特点又在于其基础性,因此民法的主要作用在于划定了一个政治国家不能插手的相对封闭的自治性市民社会领域,从而为市民社会构筑了一道防御侵犯的坚固屏障,并且为社会成员的基本生活提供充分的制度保障。按照孟德斯鸠所说的:“政治法使人类获得自由;民法使人类获得财产。”^[6]因此,从某种意义上说,一个国家可以没有宪法,但必须有调整基本财产关系和人身关系的民法制度。

(三)民法是人类文明的结晶和人类文化传承的主要载体

民法既是人类文化的重要组成部分,同时也是人类文明(特别是制度文明)的主要记载者,是社会传统的承继者。民法的发展不仅表现为单纯的制度进化和规则演变,更多反映的是社会经济政治制度的优化、社会观念的嬗变和社会传统的继承和发展。“刑法和民法所占的比重”不仅直接决定了法律的文明程度^[7],而且“罗马法尤其是罗马‘契约法’以各种思维方式,推理方法和一种专门术语贡献给各种各样的科学,这确是最令人惊奇的事。在曾经促进现代人的智力欲的各种主题中,除了‘物理学’之外,没有一门科学是没有经过罗马法律学滤过的。纯粹的‘形而上学’诚然是来自希腊而不是来自罗马的,但是‘政治学’、‘道德哲学’甚至‘神学’不但在罗马法中找到了表意工具,并且以罗马法为其最深奥的研究养育成长的一个卵巢。”^[8]

民法文明既是现代文明的起点和发动者,同时也是现代文明中不可或缺的重要内容,社会文明的发展变化应该也必须在民法中有所体现^[9]。

(四)民法是以法律的形式表现出来的公民生活习惯和行为习惯的总和,具有一定的民族性

这有两层含义:其一是说,民法规则本身就是对公民习惯的记载和提炼。民法的民族性首先表现为观念上的民族性(如各国对人权、生命健康权与财产权冲突的不同理解)。其次表现为制度上的民族性。最后表现为规则上的民族性。民族性是民法的精灵,是民法具有持续生命力的根源之所在。其二是说,基于民法的适用会改变和生成一些新的行为习惯。具体来说,民法典并不是一个单纯的法律规定,而是抽象提炼的一些适用于所有社会主体的一种带有基础性的普适性规则,其实施结果会使社会主体基于法律规范的要求而从事的行为升华为人们的一种习惯性选择并最终固化为一种生活方式。有鉴于此,民法与其说是一些制度设计,毋宁说是一种生活方式的塑造更为确切。也正是因为这个原因,所以要求民法规范必须保持足够的内在稳定性。

二、市场经济为什么需要商法

(一)商法产生的原因和意义

商事关系的产生是生产力发展和社会分工的必然结果。罗马法作为商品生产社会的第一部世界性法律确定了简单商品所有者的一切本质的法律关系。但随着商品经济的发展和市场范围的扩大,面对纷繁复杂的商品经济关系,以民法为基本内容的罗马法开始有捉襟见肘之感。对此,伯尔曼认为:“无论是重新发现的罗马市民法,还是仅仅残存的罗马习惯法,包括万民法,都不足以应付在 11 世纪晚期和 12 世纪出现的各种商业问题。”^[10]由此产生了对商法的需求。中世纪末,特别是 16 世纪以后,随着商品经济的进一步发展,欧洲的一些国家封建势力逐渐衰落,中世纪占统治地位的寺院法开始被废弃,统一民族国家逐步形成。随着国家干预经济事务的强度不断增大,商事习惯法逐渐被国家的成文商事立法所取代,从而导致在欧洲大陆相继出现了与民法典相并列的商法典。较为典型

的有 1807 年的《法国商法典》、1817 年的《卢森堡商法典》、1829 年的《西班牙商法典》、1888 年的《葡萄牙商法典》、1838 年的《希腊商法典》、1838 年的《荷兰商法典》、1850 年的《比利时商法典》、1865 年和 1883 年的《意大利商法典》、1900 年的《德国商法典》等,并由此形成了所谓的民商分离立法模式。这一立法模式在一定程度上适应了社会经济发展的需要,不仅使民法与商法各自发挥其应有的效用,而且使商法的调整对象、调整方法、基本原则及其特有的立法技术全方位地为人们所了解、知晓并加以应用^[11]。具体说来,民商分离的作用主要体现在以下几个方面:第一,极大地促进了社会经济的发展。如果说民法对商品交换的一般性调整为商事关系的调整提供了基础的话,那么,商法则对营利性经营活动形成的经济关系予以专门性调整,营利调节机制是它特有的方式。商法把营利视为自己的宗旨,创造了自身的价值体系和新的原则^[12]。第二,促进了社会立法技术的提高。商法是对市场经济的直接调整,换言之,市场经济的基本内容、基本规则及基本运作方式翻译成法律语言就构成了商法规则。由此决定了商法规范必然具有很强的操作性、技术性,并且这些技术性规范不能简单地凭道德伦理意识就能判断其行为效果。第三,强化了对交易安全的维护。为了突出对交易安全的维护,商法在商行为的法律控制方面实行了强制主义和严格主义。通过商业登记、不正当竞争之禁止、商业垄断之限制等一系列规则调整商主体的行为。通过商行为的独立性规则和外观效力规则,强调对信赖利益的保护,从而有力地维护了正常的社会经济秩序,最大限度地保障了交易的便捷和安全。“商事安全是法治秩序理念在市场经济运行层面上的直接体现,也是实现商主体交易效率(益)的基本保障。相较于一般商品经济下的民事私法,运行于现代市场经济下的商法对交易保护和信赖保护的要求更高。”^[13]第四,促进了法律规范的国际化运动。从历史渊源方面来看,商法的内容大多源于中世纪的商人自治法,这些自治法主要来源于在商事活动中所形成的各种商事惯例,而这些惯例在各国制定成文商事法时都曾广泛地加以借鉴,即各国商法就其主要内容而言具有同源性。另一方面,商法所调整的市场经济本身就具有强烈的国际趋同性,

一国市场经济的发展离不开相关国家经济的发展。因此,与其它法律制度相比,商法的国际统一性有较好的客观基础。第五,扩大了交易习惯和交易规则的适用范围。不但早期的商法主要就来源于交易习惯,即使在现代社会,交易习惯仍然是各国商法的重要渊源之一。由于交易习惯深刻反映当事人的意思自治,因此较易为交易主体所主动遵守,从而对交易主体的行为形成必要的约束,具有较强的确定性和确信性。交易习惯的运用不但可以有效填补法律空白,消除法律疑义,而且可以提高市场的自律水平,降低法律的运行成本,从而使法律得以更加合理地施行^[14]。

(二) 商法与市场经济的关系

对于商法与市场经济的关系,我们可以用一句话加以概括,即商法是市场经济的基本法,在市场经济法律体系中居于核心地位。

1. 商法直接产生于市场经济的发展要求,商法的主要作用乃在于构筑与市场经济相适应的法律制度。商法产生于市场经济并且直接服务于市场经济,商事法律规范是对客观经济活动的表述,反映市场经济的内在要求。从宏观的角度来看,商法和现代市场经济共生、共存、共融,并且通过不断博弈的过程达到最佳均衡状态,藉此成就商法在现代市场经济法律体系中的核心地位。由于市场经济具有极大的吸附效力,它可以把一切经济关系都抽象成为以利益为导向的市场经济关系,把一切社会主体都改造成以营利为目的的商人,也就是马克思所说的“在文明状态中每个人都是商人,而社会则是商业社会。”^[15]因此商法的作用领域越来越广阔,其地位也愈来愈重要。

2. 商法的内容直接服务于市场经济,是与市场经济联系最为密切的法律部门。在现代市场经济法律体系中,商法是与市场经济联系最为直接、最为密切的法律部门,商法规则与其说是基于法学家们的精心设计,毋宁说是源自市场经济的内在要求。“没有任何领域能比商法更能清楚地观察到经济事实是如何转化为法律关系的。”“与其它任何法律领域相比较,商法更能表现出法律与利益之间的较量以及利益对法律的影响。”^[16]而商法要对市场经济起作用,就必须考虑市场经济本身的规律,尤其是要充分考虑到经济主体营利原则的制度压力。

正是在商法特殊的效益、自由、公正、秩序价值的指引下,商事法律制度的内容直接服务于市场经济,市场经济的需求和商事法律制度的供给形成一种均衡状态^[17]。

3. 商法规范主要表现为技术性规范,是市场经济内在运行要求的外在体现。商法的整个制度设计都是围绕市场主体的营利性要求而展开的:一方面,赋予主体广泛的营业自由,提供高效便捷的交易工具,尽可能地降低交易成本;另一方面,对交易方式和程序设定科学的规则,维护市场秩序和安全,为主体追求利益最大化创造良好的市场环境。商法之所以选择这样的制度架构,根本原因在于市场经济运行的动力是主体的营利行为,而商法作为直接调整市场经济的法律,必然要求反映市场经济的基本运作规则,如何降低交易成本、提高交易效率便成为商法的重要命题。“有什么样的市场交易方式和市场交易内容,就相应有什么样的商法规范进行调整。”^[18]由此决定了商法规范必然具有很强的技术性,既体现在主体法上,也体现在行为法中,更多地表现为定量规范和操作规范。

4. 商法是市场经济法律体系中最富有活力的法律部门,商法的发展促进了市场经济的不断进化和完善。如果说市场经济中的效益强调的是投入和产出之比,那么调整市场经济的法律效益就表现为法律的实施与促进商业、增加社会财富的程度之比,而这种程度的比例则取决于法律所要求和禁止的行为是否是人们合理地被期望去做或不做的行为。商法就是秉承这样一种“以社会为基础”的理念,随发展变化的客观环境不断更新,力求实现价值理性和技术理性的统一。价值理性反映商法对人之本性的尊重,以效益为首要理念,兼顾自由、公正、秩序的价值,旨在为市场主体追求高效率营利服务;而技术理性则表明商法蕴涵着丰富的科学精神,系将符合客观实践的规则翻译成法律语言的结果,同时体现出与市场经济运行的高度契合。正是商法的价值理性和技术理性使商法在保持相对稳定性的基础上,具有适时而变、不断创新的品质,从而使商法成为市场经济中最为活跃的法律^[19]。

三、应该如何定位民法典

(一)为什么会有民法典

19世纪以来至20世纪初,以《法国民法典》的制定为先河,世界范围内曾掀起一场影响深远的法典化运动。轰轰烈烈的民法法典化运动既有其一定的偶然性,也有其历史的必然性。法典化运动的经济背景是工业革命所催生的现代工业文明,其文化基础则是人类对理性探索的实践性运用,是人类对自我创造能力崇拜的必然结果。所谓理性,一般是指能够识别、判断、评估实际理由以及使人的行为符合特定目的等方面的智能。理性是西方哲学中内涵最为丰富的概念之一,是人类经过漫长进化过程发展起来的高级属性,但同时也是最具非确定性的概念之一。按照博登海默的观点,“理性是人类用智识理解和应对现实的能力。有理性的人能够辨识一般性原则并能够把握事物内部、人与事物之间以及人与人之间的某种基本关系。有理性的人有可能以客观的和超然的方式看待整个世界和判断他人。”^[20]许多著名思想家均对人类理性推崇备至,认为借助于理性就可以构筑完备的制度。柏拉图认为理性是灵魂中的最高部分,逻辑力量是灵魂的最高属性。毕达哥拉斯学派的学说认为,世界决不是某种无限的不可知的混沌,世界是可知的,它有某种固有的“秩序”、“结构”,而这种秩序和结构又服从数学的规律。哈耶克认为:“人类理性具有至上的地位,因此,凭借个人理性,个人足以知道并能根据社会成员的偏好而考虑到建构社会制度所必需的境况的所有细节。”^[21]近代德国伦理学家包尔生认为:“全部道德文化的主要目的是塑造和培养理性意志使之成为全部行为的调节原则。”^[22]正是这种对理性的高度崇拜,使人类进入技术统治一切的社会。对理性的推崇和发掘构成大陆法系法典化的思想基础和理论基石。与英美法系强调经验主义不同,作为法典化支撑的理性主义认为,人类首先本能地掌握一些基本原则,如几何法则,随后人们借助于理性,通过实验可以发现世界上普遍适用的规律,并可以依据这些原则和规律推理出其余知识。理性主义在立法领域的最成功实践就是《德国民法典》的制定。正如有学者所总结的那

样,“民法的法典化,从罗马帝国的国法大全开始,就显示了惊人的超越体制特质,事实上罗马法所发展出来的人法、物法和债法,从概念类型到基本规范,历经拜占庭式的统制经济、中古行会组织的手工业,乃至近代的国际贸易、重商主义和自由主义,在适用性上并无太大改变。继受罗马法而孕育于19世纪的法国、德国和瑞士民法典,同样也在20世纪出现的各种极端对立的社会体制下,成为民事立法的主要参考架构。”^[23]

(二)民法典能够干什么

以《法国民法典》和《德国民法典》为代表的那些对后世产生了重大影响的民法典在制定过程中绝不是简单地将以前适用于不同地区的法律规定进行体系化的归纳、整理和编撰,而是通过民法典的编纂统一民众思想、汇聚全民智慧、提炼民族精神、巩固革命成果。因此民法典的编纂与其说是一种重大立法活动,毋宁说是一种重大的国家政治行为更为确切。反观其他100余个国家的民法典,由于这些国家在制定民法典的过程中只注意了《德国民法典》和《法国民法典》的形式理性之美,而没有深刻理解法典背后的精神和文化,依葫芦画瓢的结果只能是不断重蹈东施效颦、买椟还珠的覆辙,在博大精深、源远流长的民法发展史上很难留下任何雪泥鸿爪。我们要想在高手如云的世界民法典领域占有一席之地,并能对世界未来的民事立法起到一定的引领作用,其当务之急是准确把握以《法国民法典》和《德国民法典》为代表的成功民法典的精神实质,并与中国的国情进行精准的对接,然后借助于高超的立法技术,对现有的民法规则进行吸收、提炼和升华。通过研读《法国民法典》和《德国民法典》等国的民法典我们可以看出,这些成功民法典的共同特征可以归纳为以下几点。

1. 民法典应是公民权利的圣经。这主要有三层含义:其一是说民法典的主要内容在于承认、弘扬人的理性,以一系列权利的设定给人以自由选择的空间,在性质上民法体现为权利法,且民法中的权利具有“基本权利”的属性,超越了实在的法律,体现的是“自然法和正义”^[24],具有宣言性质;其二是说民法典的主要任务乃在于引导和保护公民权利的实现;其三是说民法典对公民权的保护而言具有圣经般的地位,主要表现在保护目的的终极性,

保护依据的先验性,保护效力的绝对性,保护方式的多样性,保护手段的权威性。作为其例证是:在各国民法典中,大多数民法条文都是授权性规范,其立足点在于确认和保护民事主体能够按正常的经济关系实现自己的独立利益。正是由于这一原因,所以法国著名民法学者阿·布瓦斯泰尔才认为:“民法典尊重个人权利的最好和最重要的体现,是它对先于和高于实在法的法原则的承认。”^[25]不仅如此,民法就其本质而言,具有非常强的正义性品质,不但通过设定基本原则的方式将民法的基本价值追求显现出来,而且通过对个人本位思想和权利本位思想的法律确认,担负起提升人的存在价值,促进人的全面发展的历史重任。民法通过一系列的权力设定,承认和弘扬人的理性,努力给人的意志自由和行为自由提供更加宽广的选择空间。当然由于各国社会经济条件的不同和社会文化传统的差异,因此各国在对民法的权利设计上也表现出一定的差异性,对此马克思在《哥达纲领批判》一文中曾精辟地指出:“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展。”^[26]

2. 民法典应是公民基本行为的路引与航标。民法以自然人作为主要规范对象,是调整公民权利和行为的基本法。通过仔细研读各国的民法典我们不难发现,各国民法的主要作用对象均是自然人,法人不过是自然人人格的放大或变异,诚如有学者所总结的那样:“在近代民法中,只有像细胞一样分别存在的单个自然人,没有多数细胞聚合而成的组织器官。单个自然人是唯一的权利主体,一切民事关系不外是单个自然人之间权利和义务的牵涉。自然人的集合体(如公司或劳工团体)不能成为民事关系的主体。”^[27]之所以将自然人而非法人作为民法典的主要规制对象,其主要原因在于公民个人是现代社会存在和发展的基础。“人是全部人类活动和全部人类关系的本质、基础。”^[28]与充满功利性理念的商法不同,民法承载了更多的文化价值,与人权(生存权)等密切相连。民法把人作为万物之灵,把维护人的尊严、满足人的需求作为自己的神圣使命,因此在民法的视野中,人是目的而非工具和手段,也就是孟德斯鸠所说的:“在民法慈母般的眼里,每一个个人就是整个的国家。”^[29]

3. 民法典应是一国民族精神和民族文化的体现和升华。民法典必须体现民族精神和民族文化,也就是萨维尼所说的法律如同民族的语言,应该而且也只能是民族精神的体现,因为只有最民族化的民法典才是最有生命力的民法典。从各国民法典制定的实践来看,各国民法典之所以在编纂体例和编纂内容上表现出巨大的差异性,很大程度上是因为作为民法典制定基础的民族精神存在重大差异性。因为一个国家的民族精神与其他民族精神相比不但显示出不可替代的独特发展轨迹,而且体现出精神特征的不可通约性^[30]。

4. 民法典应是调整财产关系的基本法。民法是伴随商品经济的出现而逐步发展起来的一种非常古老的法律制度,按照马克思主义的观点:“民法准则只是以法律的形式表现了社会的经济生活条件”^[31],“民法不过是所有制发展的一定阶段,即生产发展的一定阶段的表现。”^[32]因此,“根据社会发展的客观规律,凡是有财产流转和商品交换的地方,必然有民事法律制度,只是这种法律的存在形式和发展程度不同而已。”^[33]由于民法主要关注的是公民的生存条件和生存保障,因此民法无疑应当将保证公民的物质需要条件或者说财产条件作为其主要调整内容,也就是马克思所总结的“大部分的民事法律……是关于财产”^[34]。

5. 民法典应是国家现代法治的主要载体。外国民法典的一个重要作用就是为了通过法典的制定巩固革命成果、维护国家统一和实现国家治理的法治化。具体地说,为了实现国家的现代化,必须首先实现国家治理的现代化,而法治的现代化无疑是国家治理现代化的重要组成部分。中国法治的现代化既需要从外国的先进法律思想、法治理念和法治实践中大胆地借鉴和移植,同时也应当从中国传统的法治文化中汲取营养,其原因在于:“中国的政治和伦理的成熟水平远远超过其他制度的发展程度,这些制度包括一种多样化的经济体系,一部民事契约法典,以及一种保护个人的司法制度。”^[35]从某种意义上说,我国民法典的制定不应仅仅是对现有民法制度的整理和归纳,更应当是对现代法治的推动和弘扬,是对法治进程的记载和固化^[36]。

(三) 民法典应该规定什么

在《黑格尔法哲学批判》一文中,马克思曾对立

法的要求做过非常精辟的论述,即“立法者并不创造法律,它只是揭示和表述法律。”^[37]在《论离婚法草案》一文中马克思进一步阐述道:“立法者……不是在创造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律,他用有意识的实在法把精神关系的内在规律表现出来。如果一个立法者用自己的臆想来代替事情的本质,那么人们就应该责备他的极端任性。同样,当私人想违反事物的本质恣意妄为时,立法者也有权利把这种情况看作是极端任性。”^[38]之所以作此要求,按照马克思的观点,其原因在于:“法律只是事实的公认。”^[39]

鉴于民法的私法基本法属性,民法就其本质来说应当是对公民基本权利提供法律保护和对基本行为提供价值导引的法律制度,因此应最大限度地纯化民法典的内容,以基本性、人本性、普遍性、典型性、重大性、稳定性和代表性等作为进入民法典的前提条件。凡不符合这些要求的制度就不应纳入民法典的规范内容。具体说来,民法典中应当包含以下几方面的内容:

1. 民法典应包含能够体现私法基本价值追求、基本理念和基本要求的内容。民法是私法的基本法,私法的基本原则、基本要求、基本理念只能通过民法典加以确认。“价值问题虽然是一个困难的问题,但它是法律科学所不能回避的。”^[40]由于价值在本质上具有多元化取向且不可通约为任何单一和最高的价值,因此如何进行价值的判断、排序和取舍不但影响到具体的制度设计,而且在某种程度上体现了民法的意境,因此必须高度重视民法价值的挖掘和提升。实际上,“在法律史的各个经典时期,无论在古代和近代世界里,对价值准则的保证、批判和合乎逻辑的适用,都曾是为法学家们的主要活动。”^[41]不仅如此,由于“每一个法律价值判断都是使价值体系走向现实的手段,同时又是可使价值体系在不断的发展变化中走向新的统一的要素。所以法律价值判断必须相互之间保持一定的联系,并成为统一法律秩序的一部分。”^[42]除此之外,有关民法与其他法律的关系,民事审判的法律适用原则等也应在民法典中有所体现。具体到立法技术层面而言,虽然在立法理念上法国民法典应作为我们主要的效仿对象,但在具体制度设计上,德国民法典、意大利民法典、荷兰民法典等具有代表性的外国民

法典所采用的一些原则和做法仍值得我们借鉴和继承。因为“民法当然还是有它的意识形态,不是全然价值中立,上个世纪几部欧陆民法所创造的典范,与平等主义取向、实施民主政治、保障私有财产、开放市场的经济社会,无疑还是最为相容的。”^[43]

2. 民法典应该规定与公民的基本生存条件密切相关的内容。公民的基本生存条件包括财产(物质)条件和非财产(非物质)条件两个方面,其中最为重要的无疑是决定公民生存的物质(财产)条件。也正是在这种意义上,恩格斯才认为:“民法……它几乎只是专门处理财产关系或者至多是专门处理那些以社会的战争状态为前提的关系……。”^[44]而民法的作用“在本质上就是确认各人与各人之间的现存的,即在一定情况下是正常的经济关系。”^[45]具体说来,影响公民的财产条件又可细分为财产的获取方式、财产的利用规则和对财产的处分及其限制等几个方面。与此相关联,民法的内容也主要表现为所有权制度、合同制度和继承制度等相关内容。

3. 民法典应该规定与保障人的尊严相关的内容。从一般意义上说,社会的发展史同时也是一部人的解放史,作为现代文明先驱的启蒙运动其核心就是“人的发现”和对完整人性的认识与揭示,强调人的理性与尊严。在这一背景下产生的近现代民法也成为人道主义立法的典范。从某种意义上说,现代民法区别于古代民法和近代民法的主要标志之一就在于更加强调对人的尊严的尊重和保护,人格歧视逐渐消弭(典型的如了对非婚生子女继承的歧视性规定越来越少),同时利用各种法律制度(其中主要是民法制度)努力使人生活得更有尊严和更有价值^[46]。我国的民法典也应顺应这一历史潮流,将保护人的尊严放到优先考虑的位置。

4. 民法典应该规定与维护社会秩序相关联的内容。良好社会秩序是维护社会制度运行的基础和前提。按照学界观点,“社会制度指的是在特定的社会活动领域中围绕着一一定目标形成的具有普遍意义的,比较稳定和正式的社会规范体系”^[47]。人作为社会动物,为了争取更好的生存条件和实现自己利益的最大化,不可避免地与其他社会主体之间发生矛盾和冲突。而“当人们发生不可调和的利益关系而又无力摆脱时,为了使物质利益相冲突的

阶级不至于在无谓斗争中把自己和社会消灭,一种源于社会内部但表面上又凌驾于社会的,旨在缓和冲突并把冲突保持在‘秩序’范围内的力量,即国家和法律产生了。”^[48]“法律秩序的价值在于赋予或维系社会关系和社会体制的模式和结构,从而为人类的生活与活动提供必需的条件。”^[49]质言之,“对相互对立的利益进行调整以及对它们的先后顺序予以安排,往往是依靠立法手段来进行的。”^[50]与此相适应,“法律的主要作用之一乃是调整和调和种种相互冲突的利益。”^[51]进一步说,为了解决人们之间客观存在的利益冲突,“从根本上必须在合作本能与利己本能之间维持均衡。社会控制的任务就在于使人们有可能建立和保持这种均衡,而在一个发达社会中,法就是社会控制的最终有效的工具。”^[52]而“法律秩序发挥作用的前提是,它必须达到具有约束力的道德规范的最低限度。任何法律秩序都是以道德的价值秩序为基础的。”^[53]民法典作为现代法制的核心内容,作为社会制度的主要载体,同样担负着锻造社会秩序,协调社会关系的重任。

5. 民法典应规定有助于提升社会道德水平的内容。道德是社会制约的有效手段,它往往通过规范的形式来约束人的不道德行为,以期达到维护社会正常生活秩序,抑制犯罪的目的。对于最具伦理质感和道德情怀的民法来说,“道德不只是法的条件,也是法的目标。”^[55]法律对道德的作用一方面在于强化道德的约束力,另一方面则在于提升社会的道德水平。道德的约束性主要表现在两个方面:一是要求对那些普遍认同的社会行为准则得到社会公众的遵守。道德的社会性要求凝聚着群体和社会的道德经验,对群体中个人的任性与偏私起着约束或抑制作用。其次,道德的约束性还表现为人对自身行为的自觉的理性控制^[56]。虽然按照马克思的观点“任何伦理关系的存在都不符合,或者至少可以说,不一定符合自己的本质。”^[57]但我们并不能据此认为法律和伦理之间存在不可逾越的鸿沟。实际上伦理关系不但为法律制度的合法性提供了本源性依据,而且任何国家的立法特别是民事立法都会从道德伦理关系中汲取营养。对于这点,马克思也并不否认,“当然,只有当法律是人民意志的自觉表现,因而是同人民的意志一起产生并由人民的

意志所创立的时候,才会有确实的把握,正确而毫无成见地确定某种伦理关系的存在已不再符合其本质的那些条件,做到既符合科学所达到的水平,又符合社会上已形成的观点。”^[58]进一步说,由于立法只是在记录和表述一个国家既存的各种事实关系,因此民法典的制定一方面应最大限度地将优秀的伦理道德观念和道德伦理规则体现在具体的立法条文中,另一方面则需借助于一些先进的、普适性的民法规则对落后的伦理道德观念和道德伦理规则进行更新和改造,以提升社会的伦理道德水平。

6. 民法典应规定能够促进人的发展与进步的相关内容。人的全面发展既是社会制度演化的必然要求,也是实现人的价值的体现。“人的全面发展”作为一种理想、追求和信念,一方面体现了人性的内在本质;另一方面,则推动了社会的进步和发展。“全面发展”的实质是人在发展上的自由、自主、和谐、丰富以及流动和变化。在全面发展的状态下,人所感受到的是幸福和愉悦,是自我价值和尊严的实现和确立,而这些要求和民法视野下对人的理解具有高度的契合性。另外“人的全面发展”还包括人的“完整发展”和“自由发展”^[59]。“完整发展”强调的是人的发展的偏移不可逾越的底线,其基本要求是可偏移而不可偏废,即不能只发展人的能力的一方面而偏废了其他各方面^[60]。但人的自由全面发展,决不意味着人们可以超越历史的和现实的条件而随心所欲地行为。人只能在特定的历史与现实所允许的范围内发展自己,获得那个时代所允许的自由。同时,人的自由发展必须借助于法律的保障才能实现,因此民法典中必须包含有保障人的自由发展的内容^[61]。

四、民法典不能干什么

和其他任何法律部门一样,虽然民法是现代法治的基础和万法之源,但在法律分工越来越细的今天,民法也仅仅是整个法律体系中的一个组成部分,既不可能完成应当由其他法律部门所完成的任务,同时也不可避免地存在所有法律部门所共有的一些缺陷和局限。具体说来,民法的局限性既体现为民法作用的有限性,同时也包括民法典本身的局

限性。下面分别述之:

(一)民法作用的有限性

民法作用的有限性主要在以下两个方面:

1. 民法作用范围的有限性

民法只是法律体系中的一个组成部分,既不能取代其他法律部门的地位,也不能涵盖所有的应由法律调整的社会生活领域。从更广义层次来说,法律方法只是处理各种社会问题众多方法中的一种,除法律方法,还有行政、思想教育、宗教、舆论等方法。一般说来人们的思想、认识、信仰领域不宜或不能由法律来调整,人们的纯私生活领域也不宜由民法来调整。另外民法的规范内容不能超出人的能力,不能根本有违于人的本性,否则就会受到人们的强烈抵制。

2. 民法作用方式的有限性

这主要源于民法自身的特点,这些特点包括:非强制性,其主要表现是民法规范大多为授权性规范,从而使民法规范对主体行为缺乏足够的规制和威慑;民法规范的许多制度和概念都具有相当的模糊性和不确定性,典型的如:作为民法基本要求的公平和诚实信用、判断行为效力的善意和恶意、确定行为人是否承担责任的过错等概念,都具有相当的不确定性和灵活性;民法作用的效果因过分强调形式公平而缺少对实质公平的关注,进而出现适用结果的偏差。

(二)民法典的局限性

民法典的最大局限性可能是:卷帙浩繁、精雕细琢的民法典一旦制定之后,通常不会经常修改,而民法所规范的内容却经常处于变动之中,从而导致法律的内容与规范对象之间出现脱节。民法典的另一个局限性则表现为:人们对法律的期待与实际立法效果之间可能出现较大的差距,即立法机关无法借助于民法典这一工具实现对社会关系的全面、充分、合理和有效的调整。之所以产生这个结果主要是受制于人类认知的偏差和理性的局限性。人类认知的偏差大体上可以分为四个方面:一是人在认识的过程中,受外界因素的影响而不能准确地把握认识对象;二是在认识对象时,需要作简化处理从而略去了其中一些次要因素,而其中有些因素的缺失可能会导致认识产生极大的误差;三是受到主体自我意识、概念系统、理论思维、认知结

构、思维方式、先前经验以及主体的价值观念、需要、兴趣、情绪、性格等影响,因而在处理问题的认识过程中难免会产生某些偏差;四是认识所依据的先前认识与经验,多数只是初步的认识成果,具有个别性、现象性、具体性等特征,因而掺杂着一些虚假的成分^[62]。而人类理性的局限性则是人类认知偏差对人类自我认知崇拜的延伸和校正。从某种意义上说,民法典既是人类理性介入立法活动的有益尝试,同时也是人类理性思维的巅峰之作。在德国制定民法典时曾试图借助于人的理性,制定出一部包罗万象的、能够对可能出现的每一案件进行判决时作为唯一法律基础的民法典。萨维尼甚至认为,在民法典编纂完成之后,民法典将成为唯一的法源。然而任何人的认识都要受到时间、空间、物质载体、自身条件、所在职业等方面的限制,因此,人的理性必然是不周延的、非至上的,科学家不可能发现一个能包容所有问题的自然规律,法学家也不可能制定出一部包罗万象,巨细无遗的法典。对此哈耶克清醒地看到:“理性乃是人类所拥有的最为珍贵的秉赋。我们的论辩只是旨在表明理性并非万能,而且那种认为理性能够成为其自身的主宰并能控制其自身的发展的信念,则有可能摧毁理性。”^[63]

(三)民法典不应当规定什么

尽管民法典应当且能够统摄整个私法制度,但其不应当而且事实上也无法包揽所有私法内容。也就是说,民法虽然是私法的核心,是私法中的基本法,但这并不意味着民法可以担负起调整所有个人和个人之间以平等自决为基础的法律关系之重任,也不意味着民法典具备涵盖所有以各类主体和行为为调整对象的私法制度之能力。尤其是在市场交易行为和方式日趋复杂多变的情形下,基于抽象公平原则建立的民法制度对诸如公司治理、证券交易、企业破产、保险合同、劳动合同、消费者权益保护等特殊领域往往无能为力,无法以共性的调整方式来有效解决因个性差异而引起的利益冲突与矛盾。因此,民法典编纂的基本要求是:一方面,民法的基本理念、基本原则、基本价值应当贯穿民法典的始终并对民法典的所有内容具有指导意义。另一方面,民法典作为私法的基本法,应当以基本性、人本性、普遍性、典型性、重大性、稳定性和代表

性作为其入选标准,从而将不具备这些特性的内容排除在民法典的编纂体系之外。具体说来以下内容不宜出现在民法典中:

1. 非人本性法律制度

作为良法的基本要求之一就是它不但要求符合人类理性,而且必须不违背基本的人类价值,其中最为重要的人类价值就是以人为本。民法之所以被称为万法之母,除了具有丰厚的制度积累之外,更主要的原因恐怕还在于荡漾其中的人本主义精神。作为现代民法典范的《法国民法典》之所以能够成为其他国家效仿的样板,个中原因与其说是因为其良好的制度设计,毋宁说是其鲜明的人本主义精神。正如法国学者茹利欧·莫兰杰所指出的那样:“《法国民法典》总的精神是个人主义和自由主义精神的体现,是18世纪哲学家作品的精神的体现。”^[64]稍后的《德国民法典》虽然采取了自然人和法人的二元主体结构,但并没有打破以自然人需求和自然人权利为中心的人本主义要求,没有动摇近代个人主体思想和个人平等原则,其主要目标仍然是追求人人有资格享有权利和自由。个人主体制度和个人权利体系,在我们的法律世界并不是可被视为可有可无的技术,它们已经被公认为法律的价值标准,也是社会的价值标准^[65]。因此民法典的设计应采取人本主义的立法模式,尽量消除物本主义思想对民法的销蚀作用。换言之,由于人本主义思想指导下民法的主要作用机理在于维护自然人的权利和满足自然人的需求,本身并不负有创造社会财富的功能,因此民法典的制度设计必须抛弃利益导向型的立法理念,必须与市场经济保持适当距离。

2. 非基本性法律制度

民法典作为私法基本法,自应以基本性为条件,这是毋庸置疑的。“基本性”意味着根本和必要性。根本性要求民法典必须将那些能够决定民法的性质并能与其他法律进行有效区分的制度囊括在内;必要性则要求民法典所规范的内容应是民法作为一个完整的制度体系所必需和不可或缺的内容,如果缺少这些制度民法调整的内容将是残缺不全的。所谓非基本性的法律制度是指那些其存在与否对民法典不会产生实质性影响的制度。典型的如《民法通则》第90条有关“合法的借贷关系受

法律保护”的规定即属此种情况。因此应当尽量纯化民法典的内容,以最大限度地显现民法的本体价值。换言之,民法典不能贪大求全,而应当适当放权,将非基本性的法律制度留待其他单行法加以解决。

3. 非普遍性法律制度

民法规定的普遍性首先要求在适用对象上应当具有普遍的适用性,即民法典中所确立的权利或认可的行为应为所有社会公众所享有或行使,至少是所有的社会公众都具有行使或享有这种权利的可能性。如果某项权利或行为只为少数人甚至个别别人所享有或行使,那么这种权利或行为就不应规定在民法典中,典型的如知识产权制度、商事代理制度等。民法规定的普遍性还要求作为民法典中所认可的制度,必须受民法基本原则的调整和制约。如果这些制度的设计依据的是一些有别于民法典基本原则的理念和要求,那么这些制度就不应当出现在民法典中。典型的如以公司为代表的企业法律制度,由于该制度的设计初衷在于通过合理的规则和机制最大限度地促进社会财富的增加,即强调效益在制度设计中的引领作用,这与民法所推崇的公平优先原则明显不同,因此有关公司或企业的相关制度就不应出现在民法典中。

4. 非稳定性法律制度

民法典必须具有相当的稳定性,其主要原因在于民法典并不是一个单纯的法律规定,而是抽象提炼的一些适用于所有社会主体的一种带有基础性的普适性规则,其实施结果会使社会主体基于法律规范的要求而从事的行为升华为人们的一种习惯性选择并最终固化为一种生活方式。换言之,由于民法本身就负有塑造公民社会行为习惯和生活方式的使命,因此民法典的内容一方面应与公民的基本行为选择趋向保持高度的一致性,另一方面则要求其制度内容应是对公民成熟行为和习惯行为的法律肯认。这就要求民法的制度规定应具有适当的保守性和高度的稳定性。因此与时代发展联系过分密切的易变性的制度或行为规则就不应当规定在民法典中。在这方面比较典型的失败立法例是2002年生效的《德国债法现代化法》,该法不仅在债编中加入了有关保护消费者的有名合同,而且直接把消费者与企业写进民法总则中,使他们和自

然人、法人一样成为私法关系的主体,其结果不但从根本上颠覆了民事主体的平等理念,而且其所谓的“创新”在“对于消费者的民事保护实质上并不会有所增益,但对德国民法典体系的破坏,也就是体系效益的减损,却难以估量。”^[66]德国民事立法的这一教训值得我们深思和警惕^[67]。所以在稳定性和时代性的取舍上,应当是为实现稳定性而淡化时代性,而不应当是为追求时代性而牺牲稳定性。

5. 非规范性(非定型性)法律制度

能够上升为民法典的制度应当是经过长期社会实践的荡涤、检验和筛选而沉淀下来的较为稳定的制度,这些制度有明确的外延和内涵,有明确的适用条件和规制对象,能够区别于现有的制度并能够有效地嵌入到现有的制度体系之中。因此那些不具有定型性特质的,属于偶发性(偶然性)、临时性的行为或权利义务关系不应当表现为民法典的内容。典型的如《民法通则》第52条和53条有关企业联营的规定即属此种情况。

6. 非重大性法律制度

所谓重大性主要有两个判断标准:一是重要,即民法典规定的制度对民事主体来说应具有性命攸关的作用,如果公民不享有这些权利或不能从事这些行为,其主体人格将受到极大影响。二是巨大,即民法典规定的制度应对社会生活产生较大影响。如果一个制度的有无对社会关系的影响可以忽略不计,那么这个制度就没有必要规定在民法典中。典型的如典权制度,虽然该制度为中国所特有,但在现代金融高度发达的今天,这一制度的适用空间几乎可忽略不计,因此不应当出现在民法典中。当然重大性本身是一个动态的概念,不同时代、不同国家对重大性的理解并不完全一致。例如隐私权在我国长期没有作为一个单独的民事权利而看待,但是现在的基本共识却是:隐私权是公民基本人权的重要组成部分,因此应当在民法典中有所体现。

7. 非典型性法律制度

典型性也有两层含义:一是代表性,即民法典规定的制度应当在相同类型或相似类型的制度中具有代表性,能够最大限度地集合、吸纳和反映这类制度的共性基因,并能够对相关制度起到指导和统帅作用;二是通用性,即民法典所规定的制度应

当是在一国主权范围内普遍存在的行为和习惯的归纳和总结,应当对全国至少是国家的主要区域具有普遍约束力。如果是仅仅适用于某些特定区域的习惯就不应规定在民法典中。

五、民法典中如何处理好与商法的关系——我国民商立法的模式选择

对于在民法典中如何处理好民法与商法之间的关系,学者间并没有形成完全一致的认识。如何妥善处理与民法有诸多共同性商法之间的关系,不但影响到民法的功能定位,而且在一定程度上决定了本次民法典制定的成败。而民法典的具体制定效果又取决于我们对民法本身的把握和理解。综合世界各国的立法例我们不难看出,对民商关系的处理,主要是两种模式,即“民商合一”模式和“民商分立”模式。前者又可称为“单一法典化”模式,后者则可称为“双重法典化”模式。

(一)单一法典化背景下如何处理民法典和商法之间的关系。

所谓“单一法典化”模式是指只制定一部作为私法基本法的民法典对包含民商事关系在内的所有重要私法制度作出原则性、概括性和严密性的规定,并辅之以必要的若干单行法规,从而构筑起阶梯分明、疏密有序的系统私法体系。这也是我国目前学界和立法部门共同推崇和认可的一种立法体例。

1. 单一法典化背景下处理民法和商法之间关系的基本要求

单一法典化背景下的民法典必须具有高度的科学和完备性,这是民法典编纂的主要意义之所在。由于民法所调整的社会关系十分庞杂,加之各国基于历史传统和现实需要的立法选择导致各国在民法典立法体系和具体规范内容上存在明显差异,由此引发我国学界虽然在单一法典化的模式选择上并无大的争议,但在民法典具体规范内容的取舍上却并未取得足够的共识,学者们也贡献了数个民法典建议稿。不同的民法典建议稿不但立法理念明显不同,而且其涵盖内容也存在诸多不一致之处。特别是对于现有的散见于众多单行法规中的民法内容如何处理,不同学者也给出了不同答案。有的认为应最大限度地将现有民法内容统一整合在

民法典中,以消除民法内部规范的不一致性。有的则主张精简民法典的内容,由民法典和民事单行法共同调整民事关系。从立法技术的角度言之,如果将所有单行民事立法都纳入民法典中,不但会使民法典的体例杂乱无章,而且其内容也会因过于庞杂而不堪重负。而如果仅将部分单独立法纳入民法典中,其选择的标准和依据的制度无疑将面临重大困难。相对说来,采取相对精简式的立法更具有现实的可能性,而采取大而全的民法典立法模式则有较多弊端。诚如有学者所言,如果将大量的单独立法纳入民法典后,传统私法的思想理念、基本原则、体系结构受到冲击甚至遭受破坏。其原因在于原来单独立法规定的具体制度、规范与民法典所固有的传统私法气质及概念化、法典化技术可能并不完全相融^[68]。也就是梅利曼所说的:“法典之外的微观法律制度却反映了其自身的态度和价值观,而此种态度和价值观常常有悖于法典的态度和价值观……将特别立法部分纳入法典本身的任何努力均会引发棘手的难题,即微观法律制度可能与法典本身的立场不相吻合。”^[69]因此可行的办法只能是由民法典确立基本原则和基本制度,同时辅之以一定数量的民事单行法对民法典的内容加以补充和完善。正像台湾学者苏永钦所言:“法典的理想永远和事实有段距离,即使条文数多达 2769 条的意大利民法典,也像它的历史标杆——罗马法大全一样,很快就必须面临单行法在法典之外自立门户的残酷事实。”^[70]精简模式的好处是可以在保证民法典足够稳定性的前提下,使民法内容更能符合社会发展的需要,以实现民法的精准调整。这方面的例证是,在民法典编纂方面比较成功并为现在很多学者所推崇的“荷兰民法典的整编,从一开始就放弃了全盘纳编的野心,很多的特别民法还是留在法典之外。”^[71]而“荷兰之所以放弃统一的尝试,是因为,很高的组织法和行政法的成分必须保留在劳动法和社会法中。”^[72]荷兰民法典的编纂理念和内容取舍原则非常值得我们借鉴。

2. 单一法典化背景下商法中的哪些内容可以体现在民法典中

在单一法典化的立法背景下,由于民法典被定位为所有私法的基本法,因此从理论上说所有私人之间关系的处理都应当能够从民法典中找到到法

律依据。与此相适应,在民法典的制度设计中应该最大限度地容纳其他一些部门法中具有较大普遍适用性的原则和制度。具体说来,民法典中应该包含商法中的以下内容:(1)商法的理念。立法理念上的差异是区分民法和商法的主要依据之一,正是因为价值取向和立法理念上的差异性,由此才决定了民商法各自的独立存在价值。但在民商合一的立法体制下,商法的效益导向要受制于民法的公平导向压制。另一方面,为了实现对社会经济关系的全方位调整,民法有时又不得不低下高昂的头颅,屈从于市场经济所内生的效益驱动。在这种条件下,商法的两个基本理念可以有条件地反映在民法总则中:一是效益理念,其目的是为了促进社会财富的增加和资源的有效利用;二是利益均衡理念,其目的是为了平衡主体之间的利益冲突,促进和谐社会的构建。值得注意的是,市场经济在现代社会中无论如何重要,都不可能成为民法的主要调整内容。因此,在民法的视野中,包括效益原则在内的所有原则都应当服从或服务于公平原则的实现。惟有如此,才不至于使民法变成“迷途的羔羊”,沦落成为缺乏灵魂支撑的“技术规则集合体”。(2)商法的原则。商法原则既是统摄具体商法制度的精魂,同时也是与民法制度进行有效区分的观念载体。没有清晰准确的法律原则作支撑,独立的商法将成为根植于松软沙滩上的华美建筑。但在民商合一的立法背景下,商法原则在民法典的中位置无外乎三种命运:确认(吸纳)、改造和摒弃。可以吸纳的原则主要是交易安全原则。需要经过适当改造而纳入民法中的原则包括:最大诚信原则(可以在民法的诚信原则中予以强调,或者要求在特殊交易行为即保险行为、证券行为中当事人应遵循最大诚信要求)、营业自由原则(可以和民法的自由原则或意思自治原则合并)、经营判断优先原则(或称商业判断规则或法律判断不能代替经营判断原则)。可能被摒弃的原则有:商行为效力外观原则,行为独立性原则等。(3)商法的制度。对于将哪些商法制度体现在民法典中,同样应该以重大性、基础性、普遍性为依据。在具体立法上可以采取两种方案:一是在民法典中对商法的制度不作具体规定,而是全部留待单行商事立法加以处理。二是尽可能地将商法中具有普遍性、代表性而又与民法制

度具有一定兼容性的制度规定在民法典中。根据这种思路可以考虑将商法中的企业制度(可以融合在法人制度之中)、主体资格取得制度(登记制度)、营业制度、经理人与经理权制度(可以和法定代表人制度或代表人制度合并)、商事代理制度(可以在代理制度中做出特别要求)、商事担保制度(可以在担保制度中做特别规定)、金融商品的特别交易制度、信托制度、主体消灭制度(含清算、破产制度)等有条件地体现在民法典中。当然考虑到民法典容量的有限性,因此,对以上商法制度应尽可能压缩其内容,或是将相关要求融入既有的民法条文中。

3. 单一法典化背景下如何进行民法典的设计

综合各国的立法例和学界的观点,可以将单一法典化背景下的民法典设计归纳为三种模式:(1)相对突出商法特点的商法单独列编模式。即在民法典中单列商(事)法编对商事关系进行集中调整。这是目前学界有些学者所主张的观点,但并未具体见于有代表性的外国法典或我国的民法典建议稿中。(2)有限突出商法特点的混编模式。典型的如1912年1月1日起施行的《瑞士民法典》,该法典共分五编,其中的第5编为“债务法”,又具体分为5个部分,其中除第1部分“总则”和第2部分“各种契约关系”为传统的民法内容之外,其他的3个部分均为商法的内容。具体来说:第3部分为“公司与合作社”,其内容包括无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、有限责任公司、合作社。第4部分为“商业登记、商号与商业帐簿”,内容包括商业登记、商号与商业帐簿。第5部分为“有价证券”,内容包括记名证券、无记名证券、汇票(包括本票)、支票、其他指示证券、货物证券(仓单与提单)、债券。也正是从《瑞士民法典》开始,曾经流行一时的民商分立模式受到严重挑战。(3)民法完全吸收商法的一体化法典模式。典型的如1942年的《意大利民法典》,该法典共由六编组成,分别是:第一编“人及家庭”、第二编“继承”、第三编“所有权”、第四编“债务关系”、第五编“劳动”、第六编“诸权利之保护”。从该法典的编排结构已很难看出商法的痕迹,但在具体规定上还是容纳了很多商法的内容。具体说来,“信用证券”作为第五章规定在了第四编中,而与公司和企业相关联的内容则全部规定在第五编(“劳动”编)中,包括:“公司”(第

5章)、“协同组合及相互保险”(第6章)、“利益参加组合”(第7章)、“企业体”(第8章)、“竞业及业务协作的规制”(第10章)、“关于公司及业务协作组合的处罚规定”(第11章)等内容。这方面,另一个有代表性的法典是1992年的《荷兰民法典》。《荷兰民法典》将1838生效的《荷兰商法典》通过吸收和整合之后进行重新编排,将民法典分成了十编,分别是:第1编“人法和家庭法”;第2编“法人”;第3编“财产法总则”;第4编“继承法”;第5编“财产和物权”;第6编“债法总则”;第7编“有名合同”;第8编“运输法”;第9编“智力成果法”;第10编“国际私法”。其中的第二编、第三编和第八编具有较强的商法色彩。

就以上几种立法模式来看,相对突出商法特点的商法单独列编模式因完全割裂民商之间的关系,加之又无成熟的立法实践检验可资借鉴,因此不足为取;民法完全吸收商法的一体化法典模式同样过分抹杀民法和商法之间的差异而很难获得预期的效果。对此我们可以《意大利民法典》加以说明,该法典自1942年3月16日通过后,迄今为止在法典主文中共增加了59个附加条款。这些附加条款除少数涉及到消费者权益保护等问题之外,几乎全部是关于公司制度方面的,包括公司设立文件、公司自有股、控股公司股票转让、可转换为股票的债券、董事的权利、公司财务报告的编制、清算人、公司公示行为、公司的合并与分立、公司代表处的设立等各个方面。不仅如此,为了适应现代社会纷繁复杂的需求,立法机构在完善民法典的同时不得不通过制定大量的商事单行法的方式尽力克服立法与实践之间的脱节现象,比较典型的有:1942年5月的《破产、预防性协议、控制性管理和强制性管理清算条例》;1947年12月的《合作规章》;1958年3月的《中介职业条例》;1971年6月的《贸易条例》;1992年1月的《合作社团的新规则》;1992年2月的《证券出售的公开报价、签字、取得和兑换条例》等^[73]。相比较而言,有限突出商法特点的《瑞士民法典》却表现出了较强的生命力,是值得作为我们效仿的对象。

就具体法典编纂技术来看,民法典的编纂可以采取两种方式:一种是“推到重来式”的民法典重启模式;另一种是基于现行法律所进行的民法典“改

造升级模式”。按照我们的观点,从节约立法成本和考虑社会接受程度的角度来说,我们与其在对现有制度推倒重来的基础上制定一部全新的民法典,不如在充分总结《民法通则》适用经验的基础上,对现有的民法通则内容进行扩充、改造和升级,将未来的民法典打造成《民法通则》的升级版或2.0版。

(二)双重法典化背景下如何处理民法典和商法之间的关系。

“双重法典化”模式是建立在民商法有效区分的前提之下,即将商法视为与民法相并列的一个法律部门,商人的活动原则上由商法进行调整。虽然主流的学术观点认为我国民法典应采取“民商合一”的立法模式^[74],但从我们奉为圭臬的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中并不能解读出完全不考虑商法典制定的可能性。实际上,无论是从我国的立法传统,还是从我国所着力建构的市场经济法律体系本身,实行民商分立的立法体例既有其现实必要性,也有其客观的可能性。实际上我们既没有必要将民法与市场经济捆绑在一起,也没有必要用民法“绑架”商法。诚如有学者所言,纵观世界各国的立法我们可以得出这样一个初步的结论:所有实行“民商合一”的国家没有哪一个国家现在能够在国际舞台上占有举足轻重的地位,也没有任何一个实行“民商合一”的国家曾经对现代法治贡献了有益的法律精神资源。相反,那些实行“民商分立”的国家,如德国、日本,或是那些根本不考虑民商关系,而是完全着力于市场经济法治规则构建的国家,如美国等,却始终在引领世界经济的发展和主导着国际经济规则的制定。因此从某种程度上来说,“民商分立”可能比“民商合一”更有助于实现我们引领世界经济发展,参与国际经济规则制定的目的。因此我们仍然有必要对双重法典化问题进行更加深入的探讨。

1. 双重法典化背景下民法典制定的基本要求

(1)定位的基础性。民法典应定位为私法的基本性、基础性法律,着力解决带有观念性、理念性的一些基本原则、基本制度。(2)功能的纯洁性。民法典的主要作用乃在于通过良好的民法制度设计,实现对社会生活的正向引导。因此民法典的制定不应追求全覆盖,而应尽量简化、纯化法典内容。(3)内容的稳定性。如果民法规范不能保持足够的

稳定性,会使正常的社会经济秩序受到破坏,并最终危及到社会的安全。(4)结构的闭合性。(5)体例的保守性。(6)呈现方式的民族性。民法典呈现方式的民族性既包括调整内容的民族性,也包括表达方式的民族性。

2. 双重法典化背景下商法典制定的基本要求

在双重法典化的背景之下商法典的制定又可具体分为四种模式:一是完全法典化的商法典立法模式,或称“纯粹商法典模式”,即效仿民法典的立法模式,将商法的主要内容基本囊括在统一的商法典之内。由于商法内容的复杂性和高速变动性,这种立法模式在我国并不具有太大的可能性。二是商事基本法加单行商事法的主辅结构式立法模式,或称“简式商法典模式”,即效仿《民法通则》的立法体例制定具有商法基本法性质的《商法通则》(或《商事通则》),将商法的基本原则和主要内容规定于其中,从而构成商法的基本骨架,然后辅之以若干单行商事基本法,从而构成完整的实质商法典体系。三是商法总则加商事单行法的“累加式商法典立法模式”,或称“混合商法典模式”。即在以商法命名的基本法典中仅包括商法总则的内容,具体的商法制度则委诸于单行商事法规做出规定,从而形成形散实不散的松散式商法典立法模式。四是效仿前苏联《民事立法纲要》的做法,制定中国的《商事立法纲要》,对商法的基本原则、基本立法要求、基本内容作出原则性规定,然后通过单行商事立法加以补充和完善。相对来说,第二种模式可能最具有合理性和可能性。但无论哪种商事立法体例,都必须满足以下基本要求:(1)立法目标的实用性。商事法典的制定必须有明确的价值导向,即以最大限度地促进社会财富的增加作为商事立法的首要内容。(2)规范内容的时代性。即最大限度地反映现代市场经济的发展要求及其客观规律。(3)法典结构的开放性。即商法典的设计不能搞成一个完全封闭的系统,而应为新的市场经济法律制度的生成留下足够的发展空间。(4)制度设计的融合性。即对英美法系国家的商法制度和大陆法系国家的商法制度采取兼收并蓄的实用主义态度。德国法学家耶林(R. Von Jhering)在其著作《罗马法的精神》中曾说过:“外国法律制度的接受问题并不是一个‘国格’问题,而是一个单纯的适合使用和需要的

问题……只有傻子才会因为金鸡纳树皮并不是在他自己的菜园里生长出来的为其理由而拒绝接受。”^[75] (5) 法典表达的国际性。即最大限度地寻找商法制度表达上的中国共识与世界共识的结合点。

3. 双重法典化背景下的民商法律分工及其基本内容设计

在双重法典化背景下,民法和商法可以做这样的简单分工:(1) 民法定位为公民权利保障法和市场交易的前置法。其内容主要包括:民法的立法目的,民法的调整对象和范围,民法的基本原则,公民人格与公民权利,婚姻与家庭关系,财产及其取得和流转的相关规定,民事法律救济的手段。(2) 商法定位市场交易的基本法,主要调整的是与市场交易相关联的内容。其内容可包括商法总则的相关规定、商主体(市场主体)制度、商行为(市场交易)制度和商事救济制度。商法总则的内容包括商法立法的目的、商法的调整对象、商法适用的条件、商法的基本原则等。以商主体为例,与自然人无需证明自身存在之客观事实不同,商主体是法律拟制技术运用的产物,需要通过特殊的行为方式和行为目标来证明其存在的形式和存在的意义,因此商主体部分应该包括市场主体的类型、资格和条件,商主体的权利义务和责任(包括营业权或营业自由、经理权等内容),商主体资格的取得和消灭。其他的商法制度也与民事制度具有明显的差异性。

(三) 如何进一步充实民法典中的一般性法律条款

无论采取何种立法体例,都应当重视对民法一般性法律条款的设计,并将一般性法律条款作为体现民法精神,实现民法作用的重要抓手。所谓民法的一般条款是指由民法典以条文形式所表述的民法的基本原则。这些基本原则既是对作为民法主要调整对象的社会关系的本质和规律的集中反映,同时也是民法精神之所在。没有清晰准确的法律原则作支撑,民法将是一堆缺乏内在逻辑联系、没有灵魂的规则聚合体。实际上国外民法学者早就敏锐地意识到民法基本原则对民事立法的重要意义:“民法基本原则是 20 世纪的现象,是克服成文法局限性的工具,是由一定的经济、政治和认识条件决定的司法机关分享立法权的产物。民法基本

原则问题,就是立法——司法机关关系问题,就是立法者对自己认识能力的估价问题,就是对人性的基本看法问题。”^[76] 由此可见,民法的一般条款不但涉及到民法典制定的科学性问题,而且直接影响到是否要将民事立法权力授予司法机关或法官问题,即在法无明文规定的情况下,如何确保法官的审判行为不偏离预设的民法运行轨道。实际上,由于任何立法者都不能通过完美的条文设计应对一切现实的和未来的社会生活情状,也不可能利用自己的理性明察洞悉过去、现在和未来各种可能性,因此有必要借助于比较抽象和模糊的法律基本原则,对已知和未知的事项进行相对宽泛式的处理,并利用法官对法律精神的理解,实现对社会关系的正向调整。

翻开世界民法典编纂的历史我们不难发现,不同时代的立法者由于对自己的认识能力进行了不同的预估和评判,因此对民法原则采取了截然不同的态度。在《法国民法典》所处的时代,由于理性崇拜占据主导地位,因此在立法上相应采取了绝对的严格规则主义,断然剥夺了法官在审理案件时的自由裁量权,“禁止法官对其审理的案件以一般性原则笼统条款进行判决。”^[77] 历史发展到《瑞士民法典》时期,由于人们开始对自己的理性产生怀疑,因此在坚持相对严格规则主义的同时,开始采用一般条款的方式来解决制定法的局限性,通过授予法官一定的自由裁量权的方式,以弥补具体规则的不足。根据《瑞士民法典》第 2 条的规定:“任何人都必须以诚实、信用的方式行使其权利和履行其义务。”该条既是当事人的行为准则,同时又是法官在裁判案件时的裁判依据,具有民法基本原则的一切构成要素。它标志着一般条款在民法典中的确立,是大陆法系具有历史意义的创举,是具有里程碑意义的大事!”其后许多国家都在民法典中对民法的一般条款做出了规定。我国《民法通则》在第 3 条至第 7 条中对民法基本原则作了具体的规定,明确将平等、自愿、公平、等价有偿、诚实信用、权利不得滥用、公序良俗等作为具有一般条款意义的条文,从而对推动社会民法观念的形成和充分发挥民法的作用产生了重要影响。未来的民法典中同样应继受《民法通则》中那些经实践证明行之有效的规定,继续将基本原则作为民法典的重要组成部分。

惟应当注意的是我们尚需进一步明晰民法基本原则的构成要求,切实理清各原则之间的关系,将不符合基本原则特质的规则排除在一般条款之外。另一个工作则是要根据社会发展的需要和民事立法的目的对现有的一般条款进行清理、充实和整合,将不属于民法范围或不具有现实约束力的一般性规则,如人与自然和谐相处原则等,排除在民法基本原则之外。同时将其他部门法,特别是商法中的一些带有理念性、普遍性的原则,如维护交易安全原则等,纳入民法基本原则的范围。

结语

按照笔者的理解,中国民法典制定的目的并不是为了单纯地填补法律体系上的缺失,更重要的是利用民法典自身的丰厚文化意蕴和强大辐射力,提振中国的法治文化和法治精神,使中国的法治建设更上一个台阶。为此,我们一方面要找准民法的本质特征,真正发挥民法的应有作用;另一方面则应凝聚更大范围的社会共识,将民法典的制定过程同时作为民法文化的一个普及过程。我们深信,只要我们坚持正确的立法导向,遵循科学的立法方法,富有中国特色并能对世界产生重要积极影响的民法典就一定能够如期面世。中国的法治梦想也一定可以尽早实现。■

参考文献:

- [1] 列宁. 什么是人民之友[G]//列宁全集:第1卷, 1955:129.
- [2] 马克思恩格斯全集:第36卷[M]. 北京:人民出版社,1974:169.
- [3] 马克思恩格斯选集:第1卷[M]. 北京:人民出版社,1972:253.
- [4] 马克思恩格斯选集:第2卷[M]. 北京:人民出版社,2009:591.
- [5] 恩格斯. 费尔巴哈与德国古典哲学的终结[M]. 北京:人民出版社,1959:43.
- [6] 孟德斯鸠. 论法的精神(下)[M]. 张雁深,译. 北京:商务印书馆,1963:189.
- [7] 梅因. 古代法[M]. 沈景一,译. 北京:商务印书馆,1959:207.
- [8] 梅因. 古代法[M]. 沈景一,译. 北京:商务印书馆,1959:191-192.
- [9] 赵万一. 中国民法典制定的应然与实然[J]. 中国政法大学学报,2013(1):49-60.
- [10] 伯尔曼. 法律与革命[M]. 贺卫方,等,译. 北京:中国大百科全书出版社,1993:414.
- [11] 王景. 中国商法的立法模式再研究[J]. 法律适用,2003(1-2).
- [12] 殷志刚. 商的本质论[J]. 法律科学,2001(6).
- [13] C. W. 卡纳里斯. 德国商法[M]. 杨继,译. 北京:法律出版社,2006:9.
- [14] 赵万一. 论民法的商法化与商法的民法化——兼谈我国民法典编纂的基本理念和思路[J]. 法学论坛,2005(4):28-33.
- [15] 马克思. 1844年经济学哲学手稿[M]. 北京:人民出版社,1979:104.
- [16] 古斯塔夫·拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健,译. 北京:中国大百科全书出版社,1997:74-75.
- [17] 赵万一,赵吟. 论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位 and 作用[J]. 现代法学,2012(4):60-73.
- [18] 赵万一. 论民法的商法化与商法的民法化——兼谈我国民法典编纂的基本理念和思路[J]. 法学论坛,2005(4):29.
- [19] 赵万一,赵吟. 论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位 and 作用[J]. 现代法学,2012(4):60-73.
- [20] 博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法[M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,2001:454.
- [21] 哈耶克. 致命的自负[M]. 刘戟铎,译. 上海:东方出版社,1991:71.
- [22] 弗里德里希·包尔生. 伦理学体系[M]. 何怀宏,廖申白,译. 北京:中国社会科学出版社,1988:412.
- [23] 苏永钦. 走入新世纪的私法自治[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:4.
- [24] J. M. 凯利. 西方法律思想史[M]. 王笑红,译. 北京:法律出版社,2002:19-20.
- [25] 阿·布瓦斯泰尔. 法国民法典与法哲学[G]//钟继军,译. 徐国栋. 罗马法与现代民法:第2卷. 北京:中国法制出版社,2001:290.
- [26] 马克思恩格斯选集:第3卷[M]. 北京:人民出版社,1972:12.
- [27] 方流芳. 近代民法的个人权利本位思想及其文

化背景[J]. 法学家,1988(5).

[28] 马克思恩格斯全集:第2卷[M]. 北京:人民出版社,1957:118.

[29] 孟德斯鸠. 论法的精神(下)[M]. 张雁深,译. 北京:商务印书馆,1997:190.

[30] 赵万一. 中国民法典制定的应然与实然[J]. 中国政法大学学报,2013(1):49-60.

[31] 马克思恩格斯选集:第4卷. 北京:人民出版社,1972:248-249.

[32] 马克思. 哲学的贫困[G]//马克思恩格斯全集:第4卷. 北京:人民出版社,1958:87.

[33] 张晋藩. 序言//孔庆明,胡留元,孙季平. 中国民法史[M]. 长春:吉林人民出版社,1996.

[34] 马克思. 《科隆日报》第179号的社论[G]//马克思恩格斯全集:第1卷. 北京:人民出版社,1956:125.

[35] 李约瑟. 李约瑟文集[M]. 沈阳:辽宁科学技术出版社,1986:279.

[36] 赵万一. 中国民法典制定的应然与实然[J]. 中国政法大学学报,2013(1):49-60.

[37] 马克思恩格斯全集:第1卷[M]. 北京:人民出版社,1956:316.

[38] 马克思恩格斯全集:第1卷[M]. 北京:人民出版社,1995:347.

[39] 马克思. 哲学的贫困[C]. 马克思恩格斯全集:第4卷. 北京:人民出版社,1956:123.

[40] 庞德. 通过法律的社会控制:法律的任务[M]. 沈宗灵,董世忠,译. 北京:商务印书馆,1984:55.

[41] 庞德. 通过法律的社会控制:法律的任务[M]. 沈宗灵,董世忠,译. 北京:商务印书馆,1984:55.

[42] 川岛武宣. 现代化与法[M]. 王志安,渠涛,申政武,李旺,译. 北京:中国政法大学出版社,2004:263-268.

[43] 苏永钦. 走入新世纪的私法自治[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:5.

[44] 恩格斯. 在爱北斐特的演说[G]//马克思恩格斯全集:第2卷. 北京:人民出版社,1957:608.

[45] 恩格斯. 费尔巴哈与德国古典哲学的终结[M]. 北京:人民出版社,1959:43.

[46] 赵万一. 中国民法典制定的应然与实然[J]. 中国政法大学学报,2013(1).

[47] 郑杭生. 社会学概论新论[M]. 北京:中国人民大学出版社,1987:253.

[48] 恩格斯. 家庭、私有制和国家的起源[G]//马克思恩格斯选集:第4卷. 北京:人民出版社,1972:166.

[49] 乔克裕,黎晓平. 法律价值论[M]. 北京:中国政法大学出版社,1991:145.

[50] 埃德加·博登海默. 法理学——法哲学及其方法[M]. 邓正来,姬敬武,译. 北京:华夏出版社,1987:385.

[51] 埃德加·博登海默. 法理学——法哲学及其方法[M]. 邓正来,姬敬武,译. 北京:华夏出版社,1987:383.

[52] E·博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法[M]. 修订版. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,2004:415.

[53] 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春,等,译. 北京:法律出版社,2005:180.

[54] 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春,等,译. 北京:法律出版社,2005:181.

[55] 高秀清,张立鹏. 流氓的历史[M]. 北京:中国文史出版社,2005:32.

[56] 马克思恩格斯全集:第1卷[M]. 北京:人民出版社,1995:348.

[57] 马克思恩格斯全集:第1卷[M]. 北京:人民出版社,1995:349.

[58] 马克思恩格斯选集:第1卷[M]. 北京:人民出版社,1970:224.

[59] 扈中平. “人的全面发展”内涵新析[J]. 教育研究,2005(5).

[60] 赵万一. 中国民法典制定的应然与实然[J]. 中国政法大学学报,2013(1).

[61] 欧庭高,肖成池. 论科学研究的不确定性[J]. 科学经济社会,2004(2):66.

[62] 哈耶克. 自由秩序原理[M]. 邓正来,译. 北京:三联书店,1997:80.

[63] 梁慧星. 民商法论丛:第15卷[M]. 北京:法律出版社,2000:712.

[64] 龙卫球. 民法总论[M]. 北京:中国法制出版社,2002:184.

[65] 苏永钦. 现代民法典的体系定位于建构规则——为中国大陆的民法典工程进一言[J]. 交大法学,2010(1):67.

[66] 赵万一. 中国民法典制定的应然与实然[J]. 中国政法大学学报,2013(1).

[67] 赵红梅. 私法社会化的反思与批判——社会法学的视角[J]. 中国法学,2008(6).

[68] 约翰·亨利·梅利曼. 大陆法系[M]. 顾培东,等,译. 北京:法律出版社,2004:161.

[69] 苏永钦. 走入新世纪的私法自治[M]. 北京:中

国政法大学出版社,2002:86.

[70] 苏永钦. 走入新世纪的私法自治[M]. 北京:中国政法出版社,2002:82.

[71] 罗尔夫·克尼佩尔. 法律与历史——论德国民法典的形成与变迁[M]. 朱岩,译. 北京:法律出版社,2003:298.

[72] 费安玲. 1942 年意大利民法典的产生及特点[J]. 比较法研究,1998(1).

[73] 王利明. 民法总则应体现民商合一体制[N]. 法制日报,2015-05-27.

[74] 潘汉典. 中文译者序//茨威格特·克茨. 比较法总论[M]. 贵阳:贵州人民出版社,1992:4.

[75] 茨威格特·H·克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典,米健,高鸿均,贺卫方,译. 贵阳:贵州人民出版社,1991:394.

[76] 徐国栋. 民法基本原则解释[M]. 北京:中国政法大学出版社,1992:221.

[77] 茨威格特·H·克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典,米健,高鸿均,贺卫方,译. 贵阳:贵州人民出版社,1991:394.

What Kind of Civil Code Is Needed in China?: On the Positioning of Commercial Law in Civil Code

ZHAO Wan-yi

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The compiling of the Civil Code is not a creation of new texts, but the introduction of a kind of concept, spirit and culture. What to be included shall be the fundamental and universal rules applicable to all social subjects. Therefore the compiling of the Civil Code is not only a significant legislative activity, but also an important political act by the State. The purpose of the compiling is not to fill gaps in the legal system, but to promote the legal culture and the rule of law in China by the cultural implications and radiant feature of the Civil Code, promoting legal spirit and legal culture in China. The compiling of Civil code needs support from specific legal spirit, legal concepts and legal values. Consequently the Civil Code should be a Bible of civil rights, which shall guide the basic conducts of citizens. It is also a reflection and sublimation of the national spirit and national culture, as well as a major embodiment of the rule of law. Contents of the Civil Code shall be characterized as fundamental, people-oriented, general, typical, crucial, stable and representative. The basic functional division between civil law and commercial law is that civil law is the basic law to regulate commodity economy and a pre-positioned law in market economy; while commercial law is the basic law in market economy, as well as the center of the legal system in market economy. It is suggested that the compiling of the Civil Code be based on an improvement and upgrade of the General Principles of Civil Law by fully drawing experience from the applicability of the General Principles of Civil Law. In consideration of the legislation cost and acceptability of the society, an upgraded version or version 2.0 of the General Principles of Civil Law is preferred to a rashly-compiled new version when compiling the Civil Code.

Key Words: the civil code; legislative requirements; the legal relationship between the civil law and commercial law; legislative model

本文责任编辑:林士平