

解法典后的再法典化：阿根廷民商法典启示录

徐涤宇*

摘要：阿根廷新民商法典的编纂，被定位为阻止或对抗 20 世纪日益增长的解法典化进程的一种有计划的操作手段，其关键是如何处理法典和特别法的关系。编纂委员会按照部分再法典化的进路展开法典体系的重构，实现了从完备而封闭的法典到原则性的法典和“法源间的对话”的转变。另一方面，此次法典重构的初始动因是在私法领域实现民商合一的夙愿，其目的是在民法商法化和商法民法化之间达成一种平衡。《阿根廷民商法典》对于我国民法典编纂的启发意义，应该在于它是解法典化背景下作出的法典重构和民商合一的最新努力。

关键词：阿根廷民商法典 解法典化 微观体系 民法典重构 民商合一

一、引言

由伟大的法学家 Vélez Sársfield 编纂的阿根廷共和国民法典（以下简称 Vélez 法典）于 1871 年颁行。拉美和意大利的学者普遍认为，Vélez 构建了一个和当时占统治地位的超国家立法模式一致的法律体系，该法典使得一个新的国家融入时代的政治、经济环境之中，直到今天仍然被认为是欧洲—拉美罗马法传统的标志性成果；归功于 Vélez 的政治—法律标准，阿根廷成为拉美法律体系（该立法模式具有强烈的同质性）的一极，其民法典构造了“适用于一个广袤地理区域的共同法”。⁽¹⁾ 在 Vélez 塑造这部拉丁美洲法系第二部范式民法典（第一部是智利民法典）之后，阿根廷学理长时间致力于法典的解释而非新体系的构建；在大约 50 年后，法学家们才开始谋求变革。⁽²⁾

意大利学者纳塔利诺·伊尔蒂说，“一个国家的立法史开始于法典的颁布，或者说是从法典颁布时起变得清晰的”，“法典的排他性意味着一个新时代的开端，一国历史的开始”。⁽³⁾ 此言就法典之于近代国家的政治意义而言并不为过，用以描述 Vélez 民法典之于当时阿根廷的政治意义和立法史地

* 中南财经政法大学法学院教授，法学博士。本文系 2014 年度国家社会科学基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善研究”（14ZDC018）的研究成果。

(1) Véase Noemí Lidia Nicolau, *El rol de los juristas en la formación del subsistema obligacional argentino*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 12/2001, p. 105.

(2) Véase Noemí Lidia Nicolau, *op. cit.*, p. 107.

(3) 纳塔利诺·伊尔蒂《民法典的理念》，董能译，载《交大法学》2017 年第 1 期，第 98 页。

位,⁽⁴⁾尤其精当。同时,也正是这部带有浓烈理论产品色彩的法典,使得学术界整理并固化了法学学派的成果,从而在学理和法典之间建立了一种生产性闭环的纽带:理论向法典提供自己的模式和概念,法典则尽管具有立法解决的内容和秩序,仍然激励并指引新的研究。⁽⁵⁾但社会、经济情况的变化导致的解法典化现象,以及在法典功能和理论概念之竞争关系中储备的学术能量,于20世纪20年代开始驱动一场旷日持久的法典改革乃至再法典化的运动。

经过近一个世纪的争论和反复,阿根廷于2011年2月23日以191/11号政府令,组建了由最高法院院长Ricardo Luis Lorenzetti担任主席、Elena Highton和Aida Kemelmajer de Carlucci博士任成员的法典编纂委员会。草案在规定的期限内被提交给政府。2012年7月4日,国会成立了一个由执政党和反对党成员组成的两院(参议院和众议院)委员会,该委员会紧张地工作,在全国范围举行了多次公共听证,在听证会上收到近千条建议。尔后,《阿根廷共和国民商法典》于2013年11月28日在参议院获得通过,2014年10月1日在众议院获得通过,同年10月7日由政府颁布,并被宣布于2016年1月1日起施行。这部目前世界范围内最新的民法典,显然不可能再具有Vélez民法典之于当时阿根廷的政治意义,但伊尔蒂于20世纪70年代末宣称“解法典时代”已经到来后,这部新法典的出台,却又以事实否定了伊氏的如下断言:“我们的时代不是一个适合进行新的法典编纂的时代,也不是一个进行改变现行法典的结构和功能的一般改革的时代。”⁽⁶⁾

在解法典化思潮席卷西方法典国家,法典中心地位被广泛质疑的当今世界,阿根廷民商法典以及此前巴西新民法典(2003年)的问世,俨然吹响了法典国家再法典化的号角。这一方面固然归因于法典文化的深厚滋养和持续影响,另一方面也说明法典特有的功能和形式,经由原则的框架和法学家的配合,成功破除解法典化的魔咒而凤凰涅槃、浴火重生。就中国的经验而言,尽管稍早的观点认为“谈论所谓去法典化为时过早”⁽⁷⁾,但新近关于中国民法正处在一个“法典化”和“解法典化”并存的时代这一判断更为可信。⁽⁸⁾在此背景下,本文对阿根廷解法典化和再法典化的背景、理念以及法典功能结构的变迁所作的描述和分析,当可为正在进行的中国民法典编纂提供比较法上的镜鉴。

二、解法典后的法典重构:法典样式的再造

(一) 法典解构是如何发生的

20世纪20年代开始,阿根廷民法界认为Vélez法典已不适应新的社会经济条件、新的司法需要,但由于司法的保守主义倾向,法典改革的呼吁和推进一直由学者承担。学者们通过各种会议和论著

(4) 阿根廷的独立日虽然为1810年5月25日(五月革命),但直到1861年,在巴托洛梅·米特雷重新完成国家统一并当选为首任总统,才由他和他的继任者多明戈·福斯蒂诺·萨米恩托、尼古拉斯·阿韦利亚内达建立了现代国家的基础。也正是在这一时期,阿根廷才开始系统的法典编纂。

(5) 关于作为理论产品的民法典的评价,请参见注3引文,第101页。

(6) [意]那塔利诺·伊尔蒂:《解法典的时代》,薛军译,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》(第4卷),中国人民大学出版社2003年版,第105页。

(7) 王利明:《论法典中心主义与我国民事立法的体系化》,载《云南大学学报》(法学版)2009年第2期。

(8) 陆青:《论中国民法中的“解法典化”现象》,载《中外法学》2014年第6期。

讨论民法典的改革,尤其是在债法领域积极推动民商合一。⁽⁹⁾各种民法典草案的编纂也随之展开。但自1968年起,此项工作一度处于停滞状态;1987年开始,此项工作开始提速并转由国会或政府主导。⁽¹⁰⁾此种经验显示,“法典同时是政治事实和技术事实:其诞生要求政府的效力和决策的权威;新颖之处在于素材的内容和规则的标准;但法典特有的、并使之在法的种种渊源中脱颖而出的形式,仍然处在原则的框架和法学家的配合之中”。⁽¹¹⁾

与此同时,解法典化现象出现,直至新法典颁行之前从未停止。在阿根廷立法史上,一个解法典化和再法典化并存的时代真切地出现了。这种解构貌似主要是从民法典内部发生的,例如针对债和合同部分,17711号法律修改了Vélez法典第515条、第707条、第715条关于自然之债和连带之债的规定;第522条接受了精神侮辱的赔偿规则;修改了第571条关于债之期限、第656条关于违约金条款不可改变的规则;修改了第954条、第1071条、第1198条,相应导入了非常损失理论、权利滥用和不可预见理论(情势变更规则);修改了第1204条关于合同因不履行而解除的规定;增加了第1185条(附加),对不动产预售文书(boleto)提供一定保护;修改了第2355条。⁽¹²⁾尽管这些修修补补使得民法典面目全非,但如果考虑到“解法典化”一词主要是具有描述型现象学和建构型方法论的双重含义的话,那么这些修补实质上只是法典为应对社会、经济的变迁而进行的内部重新装修和功能升级。因为,大量条文的修改和添加,即使在形式上也未改变法典的结构,更遑论“特别法和例外法现象”的出现、民法典体系解释功能的边缘化日趋削弱民法典的法源中心地位。⁽¹³⁾

真正作为“解法典化”主要表现形式的民事特别法和例外法如雨后春笋般层出不穷,是在1970年代之后。就民法典债与合同主题而言,1970年之前主要的修改和补充性法律有第11156号和11157号法律,它们修改了城市租赁(locacionesurbanas)的有关规定,此后大量与该合同有关的法律被颁布。但直到1978年,这些法律才最终构建了城市租赁的微观体系,与民法典发生分裂。这些法律决定了意思自治原则之结构性的变迁,因为它们使此类合同中的国家干预正当化。此外,第14005号法律规范了依预售文书的不动产月供买卖(compraventa de lotes por boleto en mensualidades),其目的是要解决不动产预售领域中私文书的日益扩散对阿根廷合同法造成的多重矛盾。基于此,该法进行了结构性的改革,确定了期限约款的例外,并对指定的不动产预售文书(boleto)赋予某种对抗效力。例如,只

(9) 围绕民法典的改革,阿根廷先后召开四次全国民法会议。1927年第一届全国民法会议所讨论的问题和提出的改革意见非常具有前瞻性,但在40年后才被1968年的民法典修正法接受。1937年召开第二届全国民法会议,目的是审议实际上于1926年组成的委员会拟订的1936年的民法典草案。此次会议继续承认学理在构建民法体系中的作用,其突出贡献在于:其中倡导民商合一的1936年民法典草案之现代化纲领,大部分被1998年的民商法典草案所接受。1961年第三届全国民法会议的成果则成为阿根廷民法学界一个真正的路标:一方面,其大部分建议尤其是大部分制度创新,均在1968年的民法典修正(第17711号法律)中被具体化;另一方面,这些理论创新也展示了前瞻性的学理和显然属于保守主义的司法判例之间的力量对比。第17711号法律对民法典作出重大修改(尤其是债法部分)后,1969年的第四届全国民法会议则主要集中于其解释而非体系的构建。Véase Noemí Lidia Nicolau, *op. cit.*, pp. 109-113.

(10) 事实上,新法典参考了此前的各草案:1926年由Juan A. Bibiloni主持起草的草案;1936年由5位法学家组成的委员会起草的草案;1954年由Jorge Joaquín Llambías负责起草的改革草案(1968年,由于法学家Guillermo A. Borda的大量贡献,这部草案作为第17711号法律对Vélez法典形成修正);1987年由众议院任命的一个委员会起草的“民商事统一立法草案”(该草案一度成为法律却被政府整体否决);众议院任命的一个新委员会于1993年提交的草案;政府任命的另一个委员会于同年提交的草案。而由685/95号政府令任命的改革委员会提交的1998年民商法典草案,则直接成为新法典的立法资源。

(11) 同注3引文,第98页。

(12) Véase Noemí Lidia Nicolau, *op. cit.*, p. 115. 本文所有关于Vélez法典的所引条文和注释,均可参见徐涤宇译《最新阿根廷共和国民法典》,法律出版社2007年版。该译本所依据的是1998年阿根廷官方版本,故当时已修改或添加的条文均被译出。

(13) 关于“解法典化”的双重含义及其主要表现,详见注8引文,第1486-1488页。

要买受人已先于他人支付至少 25% 的价金,且预售文书有确定的日期,不动产取得具有充分公示性(无论是通过登记还是占有的方式),则善意买受人对第三人享有优先权。⁽¹⁴⁾

20 世纪 70 - 80 年代,在阿根廷学理上占主导地位的是法典现代化思潮,而且其某种倾向是继受英美普通法以及国际商事制度。此后,一方面受学理的影响,另一方面因为 1990 年前后阿根廷国内政治、经济如被冰霜,债法也遭遇了一些实质性改变。1991 年第 23928 号法律基于本国货币的易变性,修改了给予金钱之债的有关规定(Vélez 法典第 617 条、第 619 条、第 622 - 623 条);第 24240 号法律规定了消费者保护,而第 24999 号法律建立了消费者保护的微观体系;第 24241 号法律为补充社会保障制度的短板,承认了社保性的终身定期金(renta vitalicia previsional)合同;第 24283 号法律限制对 1991 年之前的债务进行调整;第 24441 号法律将融资租赁合同和信托合同有名化;第 24830 号法律改革了教育机构的责任制度(Vélez 法典第 1117 条);第 25065 号法律将信用卡制度有名化。这些规范大部分来自比较法,尤其是普通法系,它们折射的不是法学理论,而是行政机关(准确说是经济部)的思维,这种思维又源自利益集团的博弈或推动。在阿根廷这样一个政府强势的国家,尤其在 1990 年代的前几年,立法者往往追随政府的经济计划,旨在把国家从通货膨胀的危机中解救出来。⁽¹⁵⁾

不难发现,这正是伊尔蒂描述的解法典化时代:社会团体或社会阶层与公共权力发生着激烈而艰难的讨价还价,政府在社会经济生活中也越来越发挥主导作用,于是大量针对各种社会、经济领域的特别法和例外法颁布了。这些有着具体政策目标的“目的性”规范不同于技术中立或体制中立的“工具性”规范,它们逐渐“逃离民法典”,在法律体系的构造上形成独立于民法典体系之外的微观体系;它们不仅超越和背离民法典的一般原则,而且在特定领域衍生出一些与法典原则相区别甚至冲突的新原则。⁽¹⁶⁾由此,原初的方法论秩序被改变,私法体系的原有统一性因大量有其独立的原则和价值的微观体系的缓慢形成而碎片化,民法典不免沦为剩余法。

(二) 再法典化的定位和进路: 认真对待法典与特别法的关系

单就形式体系而言,阿根廷新的民商法典深受德国民法典的影响,对 Vélez 法典做了拆分和重组的外科手术:序题得以保留;原第一编被拆分为两编,新法典将原第一编第一篇的人法、第三编物权中有关财产的规定和第二编第二篇的“法律事实和法律行为”整合为第一编“总则”,旧法典第一编第二篇“家庭关系中的对人权”则独立为新法典第二编“家庭关系”;新法典第三编对原法典第二编债权进行了民商合一的功能升级,第四编物权则基本维持原貌,只是增加了后文述及的一些章节(如建筑物区分所有权);原法典第四编的第一篇和第二篇分别被拆分为新法典的第五编和第六编,甚至其标题也未作实质修改,但第六编增加了一章规定国际私法的内容,以系统地规定法律冲突中的法律适用和管辖权问题。以上种种,均说明新的民商法典虽然从 Vélez 法典的 4051 个条文瘦身到 2671 个条文,但并没有改变原法典的实质结构。民法典的体系轮廓得以继承,其绝大部分条文脱胎甚至直接来源于原来的民法典和商法典,都可以佐证这一结论。⁽¹⁷⁾

(14) Véase Noemí Lidia Nicolau, *op. cit.*, p. 115. 不动产月供预售类似于不动产分期付款,但这种新型合同不使买受人取得不动产的所有权,因为预售文书只是卖方承诺向买方移转所有权的私人文书,而所有权的移转须嗣后通过移转所有权的公证文书和登记方始完成。

(15) Véase Noemí Lidia Nicolau, *op. cit.*, p. 116.

(16) 同注 6 引文,第 103 - 104 页;同注 8 引文,第 1486 页。

(17) Véase Ricardo Luis Lorenzetti, *Nuevo Código civil y comercial de la Nación Argentina*, trabajopresentado al Congreso Internacionalsobre “Il NuovoCodiceArgentino e ilSistema Giuridico Latinoamericano”, Roma, 2015.

但是,在解法典化背景下重构民法典,本身是一个艰难的选择:且不论诸多特别民法可能撼动民法典的教义学基础,单是法律规范的表达就足以让立法者却步。⁽¹⁸⁾ 有着法典情怀的阿根廷立法者迎难而上,他们的目的不是在传统的意义上重构法典,而是要将再法典化定位为阻止或对抗20世纪日益增长的解法典化进程的一种有计划的操作手段。于他们而言,伊尔蒂的解法典化理论虽有夸张之嫌,但在现象学的意义上洞察到了传统法典的危机,并在方法论上为法典的重构指引了方向。实际上,1998年的民商法典草案就被认为是一部法典解构和重构兼有的草案,而2012年的草案编纂委员会更是在立法理由里宣称选择了这样的法典重构方法:新法典必然和私法“宏观系统”中已经存在的其他规范发生关联,所以不仅要尊重“单一法或例外法”这些具有规范自足性的微观体系(正是它们导致真正的实质性解法典化),同时也要尊重只是导致单纯形式性解法典化的那些特别法(其存在只是改变法典编纂的技术,并未否定法典体系的理性,它们仅仅构成法典的单纯延伸)。⁽¹⁹⁾

所以,解法典化背景下法典重构的关键,其实是如何处理法典和特别法的关系。据此,再法典化的进路不外乎两种:第一种是全部再法典化,亦即实质上或形式上已独立成为规范对象的所有主题或制度均回归法典;第二种可称之为部分再法典化,也就是特别的和例外的立法无须再整体纳入法典文本,而是由法典轨道牵引着。按照第二种进路,重要的是法典占据着私法宏观体系的中心地位并发挥着牵引作用,使其为那些异质的、分散的规范发挥有机整合和体系化的效用;法典在宏观层面规定着私法的各个范例性领域(如家庭法、财产法、继承法),制度系统中的剩余部分则借助法律原则进行渐次构建,从而形成一个开放的系统。形象地说,民法典和该体系中其他微观体系的关系,如同太阳和太阳系中行星的关系——太阳照亮太阳系里每颗行星,同时又确保每颗行星在星系中运行。⁽²⁰⁾

最后通过的民商法典就是按照第二种进路展开法典体系重构的。也就是说,新法典并未着手内部的再体系化,它只是在基本维持原法典体系的基础上进行的部分再法典化。立法者不再考虑民法典本身的完整性、严谨性、封闭性特征,而是重点关注如何处理民法典和特别法的关系,这就涉及到两个问题:第一,哪些特别法应被纳入新法典?第二,对于那些未被纳入或只是部分纳入新法典的特别法,立法技术上如何在法典和特别法之微观体系间建立关联?

对于第一个问题,我国有学者通过对各国经验的分析,依功能把特别民法区分为补充型、政策型和行政型三种,并认为在重构法典时,行政型特别民法无须考虑纳入,补充型是否纳入以及在何种程度上纳入,则取决于其条文数量和法典的结构对称,而立法上最难处理的是政策型特别民法和民法典的关系。⁽²¹⁾ 就阿根廷的立法经验而言,由于其早期民法典体系建构的相对完备,故在再法典化过程中,除下文将要分析的民商合一外,不存在整合、纳入补充型特别民法(民事单行法)的难题。例如,在Vélez法典中,家庭法本来就由第一编人法之“家庭关系中的对人权”篇规范,尽管20世纪60年代后针对该部分的改革不少,重要者如1968年17711号法律的改革,其他针对具体制度的实质性改革有1985年23264号法律对亲权和亲子关系的改革、1987年23515号法律对婚姻和离婚的改革、1997年

(18) 谢鸿飞《民法典与特别民法关系的建构》,载《中国社会科学》2013年第2期,第99页。

(19) David F. Esborraz, *Significado y consecuencias de la unificación de la legislación civil y comercial en el nuevo Código argentino*, en *Nuevo código civil argentino e sistema jurídico latinoamericano*, a cura di Riccardo Cardilli e David F. Esborraz, CEDAM, 2017, pp. 112 - 115.

(20) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, pp. 112 - 113; Ricardo Luis Lorenzetti, *op. cit.*.

(21) 参见注18引文,第108页。

24779 号法律对收养的改革,^[22]但家庭法在法典体系结构上并未遭受肢解,一直被置于民法典的框架之内,没有出现像有些拉美国家那样“家庭法逃离民法典”的现象。于是,在再法典化的过程中,俨然已构成规范自足的家庭法系统,仍然被整体纳入法典,不至于影响其结构完整。对于原法典颁行后新兴的一些补充型特别民法,如果其与民法典的内容契合,并为司法实践形成的共同法吸收,那么只要它们并非在特定领域具备特殊性(如航空法典、航海法典),或在某些领域具有易变性或持续发展性(如根据技术发展的需要而被纳入易修改的法律中),即被整体或部分引入新法典。例如,其在法人之“社团”一节(第 168-192 条)后规定了“基金会”(第 193-224 条);在物权编增加了“建筑物区分所有权”(第 2037-2072 条)和“不动产之合有”(conjuntos inmobiliarios; 含分时所有和私人墓地;第 2073-2113 条)二章;也引入了 24441 号法律中关于信托的规定(第 1666-1670 条),以便与 Vélez 法典即已创设的信托所有权制度衔接(第 1964 条)。^[23]再如运输合同,在新法典中它被安排为第三编“债权”之第四章“各种特定合同”的第七节,但在对运输合同定义后,其第 1281 条随即规定,除非特别法另有规定,无论采用何种运输方式,均适用该节规定,唯有联运另由特别法规范。

至于对具有特定和具体社会政策目的的政策型特别民法,阿根廷新法典在所采用的立法结构上类似于 2002 年“债法现代化”施行后的德国民法典,但事实上更接近意大利立法者采用的“外部方法”(metodología externa)。^[24]此所谓外部方法,其实就是对既有法典的“嵌入式外挂”。例如,1996 年意大利立法者为执行欧盟 93/13/CEE 号指令(关于和消费者订立的合同中的滥用条款),在 1942 年民法典的第四编“债”中增加了第 14 节(消费合同),该节被置于第二章“合同总则”尾部,却又被放在第三章“各种具体合同”之前。阿根廷立法者利用法典重构的机会深化了这一方法,从而就消费者的保护形成了宪法、民商合一的法典和特别法三层保护体系,对此后文将有详述。

在立法技术上,那些未被纳入的特别法,主要借助于法律适用之指引性或限制性条款与新法典建立关联。例如,针对国家的民事责任问题,新法典第 1765 条规定,国家的民事责任由相应的国家或地方行政法规则和原则规范;由于其第 18 条将印第安公社的权利交由“与国家宪法第 75 条第 17 项规定相一致的”特别法规定,故新法典并不涉及原住民的所有权制度。另有一些特别法则由新法典作出原则性规定,其他委诸既有的特别法。例如,其第 17 条规定,身体或其组成部分的权利,仅得由其权利人“依特别法的规定”处分;第 143 条在规法人和其成员人格区分的同时,明确“除非在本章明定以及特别法规定的情形”,其成员不对法人的债务承担责任。为处理好那些未被纳入的特别法和新法典的关系,第 26994 号法律甚至在通过新法典并废除原民法典和商法典的同时,部分修改了 3 部特别法,并废除原民法典和商法典近百项补充性法律中的 11 项,部分废除其中 6 项;那些被修改的以及未被废除的特别法,作为新法典的补充性法律继续有效。阿根廷学者据此认为,这其实也是部分再法典化的一种特殊形态。^[25]

[22] Carolina Duppatt, *Reformas en derecho sucesorio argentino: legítima y protección de personas vulnerables en el Código civil y comercial*, en *Nuevo código civil argentino e sistema jurídico latinoamericano*, CEDAM, 2017, pp. 358-359.

[23] Aída Kemelmajer de Carlucci, *Pautas para interpretar el Código*, en *Código Civil y Comercial*, revisado, ordenado y concordado por Eduardo A. Zannoni, Mariani de Vidal, Jorge O. Zunino, Fernando E. Shina y Gloria S. Ramos, ASTREA, Buenos Aires - Bogotá, 2015, p. 5.

[24] Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, p. 105.

[25] Véase Noemí Lidia Nicolau, *Código y sistema jurídico. Sus proyecciones en el Código civil y comercial argentino*, p. 75; Ricardo Luis Lorenzetti, *op. cit.*.

(三) 从完备、封闭的法典到原则性的法典和“法源间的对话”

传统民法典的编纂,在条文技术上主要是根据具体的事实假定和相应的法律后果的传统逻辑展开。立法者幻想构造一个有关典型事实和相应法律规范的索引,法官除按图索骥适用法律外,别无事情可做。此种立法技术取消了一般条款和内涵不确定的概念,或将其减少到最少的程度。与此相对应,则是法典完备性的要求以及试图对现实中的所有问题给出答案的雄心。^[26] Vélez 法典正是这样一部法典,其 4057 个条文不厌其烦地设定各种事实假定和相应的法律效果,甚至许多条文以举例的方式陈述要件性事实,在立法技术上没有达到足够抽象的程度,以至于带有强烈的决疑特征。例如,其自第 1459 条开始,对债权让与之通知的规定多达 16 条,啰嗦冗繁却又难免挂万漏一。而且,阿根廷曾是世界上唯一把编纂者的注释纳入原民法典文本中的国家,这是由当时阿根廷法律文化所处的发展水平决定的。在早期,这些注释发挥着民法教科书的作用,直到法典颁布后出现一些伟大的评注著作。不过,这些注释本来仅仅在其和法律文本协调一致时才被认为具有参考性,但它们和法条经常发生不协调的情况,引发了学理上无益而实际上又无结论的长期争论。例如,第 1137 条注释对合同的界定就不同于法条本身的规定,而第 2351 条、第 2400 条、第 2401 条、第 2480 条和第 2807 条注释提及的准占有,在含义上与法律文本也不一致。^[27]

新法典的编纂委员会改弦易辙,使决疑式的旧法典脱胎换骨为原则性的法典。之所以说新法典属于原则性法典的范畴,是因为其条文设计在很大程度上由基本原则和一般性规定构成。那些贯彻法典始终的所谓民法基本原则,如诚信原则(第 9 条)、禁止权利滥用(第 10 条)、禁止滥用市场支配地位(第 11 条)、公序原则(第 12 条)等等,均位于“序题”。高度抽象的一般性规定则分置于各编,例如:第 257-264 条构成总则编“法律事实和法律行为”一章的“一般规定”,分别界定法律事实、单纯的适法行为、法律行为、自愿行为、非自愿行为、意思表示、作为意思表示的沉默、默示的意思表示,其中第 261 条是对 Vélez 法典第 900 条、第 913 条、第 921-922 条、第 924-928 条、第 932 条和第 935 条的提炼,第 262 条则是对原法典第 913-920 条的高度概括;第 446-450 条构成第二编“家庭关系”第二章“婚姻财产制”的“一般规定”,它们也分别脱胎于旧法典的相应条文,尤其是第 448 条关于婚姻财产协议形式的规定,是对原民法典第 1184 条第 4 项、第 1223 条和第 1225 条的萃取;第 724-735 条作为第三编第一章“债法总则”的“一般规定”,以及第 957-965 条作为第二章“合同总则”的“一般规定”,亦不例外,只不过许多条文(如第 962-964 条)是对原民法典和商法典乃至特别法诸多条文的综合提炼。这种立法技术非常重要的一个好处,就是通过对原民法典、商法典和相应特别法的提炼,从而达到瘦身的目的。^[28]

新法典的原则性,亦表现为它对法的一般原则的开放,这可以借助其第 2 条得到理解:法律的解释应考虑“原则和法律价值,以和整个法律秩序保持一致”。不过,之所以说它是原则性的法典,更多的是因为开放和弹性的规范构成其鲜明的特征,易言之,其诸多规范授权法官依具体情境裁判。如其第 276 条规定,法官在判断“胁迫的显著性”时,应“虑及受胁迫人所处状况和案件的其他具体情境”。

[26] 参见注 6 引文,第 84 页。

[27] La Comisión Honoraria designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/95, *Nota de elevación del proyecto de Código Civil*, en *Antecedentes Parlamentarios*, Director Carlos J. Colombo, LA LEY, Buenos Aires, 2000, p. 10.

[28] Véase Noemí Lidia Nicolau, *Código y sistema jurídico. Sus proyecciones en el Código civil y comercial argentino*, pp. 75-76; *Código Civil y Comercial*, revisado, ordenado y concordado por Eduardo A. Zannoni, Mariani de Vidal, Jorge O. Zunino, Fernando E. Shina y Gloria S. Ramos.

据统计,整部法典中,至少有 58 个条文(如第 552 条、第 580 条、第 794 条、第 1881 条、第 1973 条、第 2246 条)授权法官可以评估具体情境而对作为前提的事实赋予法律效果。由此可见,这些规范实质上是对法官的优化授权书(mandatos de optimización),其目的是使法官经由权衡具体案件中的各种情境而优化裁判水准,从而在法条主义和原则主义之间寻求平衡。这些开放、弹性的规范,以及一定程度的分散性,自然也为司法操作带来了一些不确定性。但这并不意味着对再法典化工作的贬损,它反而说明对法典编纂的再定义:当代法典乃借助原则,以适当的方式与法律推理相适应。⁽²⁹⁾

就 Vélez 法典所附加的注释而言,阿根廷学者认为其已被固化为“立法者的意图”,对法律的解释适用形成了一种“原旨主义”(originalista)的束缚。因此,法典编纂委员会认为,新法典虽然也提供了立法理由,但它们属于立法材料,不能作为注释附加于条文,使其成为法典的正式文本。在法律的解释上,法典第 2 条只是提到“法律的目的”,而非“立法者目的”,这意味着法典奉行的是法律的客观解释立场。⁽³⁰⁾

从法源及其适用的角度看,新法典以其原则性的规范结构,谦抑地处理了法典和未被纳入法典的以及今后会不断出现的特别法、法院判例和其他法源的关系。具体而言,法源体系在传统意义上乃指以民法典为中心的单一、完备性体系,解法典化后则是一个以多个微观体系或部门逻辑的基础组合而成的框架性多极体系,宪法处于中心地位,民法典只是该多极体系中的一个组成部分。⁽³¹⁾而再法典化后的阿根廷民商法典虽然仍在整个私法体系中处于中心地位,但它要求法官必须合理地基于多元的、超越其自身文本的法源作出判决,此即所谓的法源之间的对话。这种“对话”或可称为对话式的法律解释适用,法官在解释、适用法律时目光应穿梭于各类法源之间,而不拘泥于法律自身文本,其目的是让更好地保护自然人的规则被适用,而不论它是一般法还是特别法,或者是否已被纳入法典。为此,新法典第 1 条规定,在法源和适用的问题上,应考虑宪法、诸法律、人权公约以及规范之目的;同样,第 2 条也规定,解释法律时应虑及其语词、目的、类似法律、源自各人权公约的规定以及和法律秩序一致的法律原则和价值;第 3 条则规定,法官对交由他裁决的事项,应以有合理依据的判决处理之。⁽³²⁾

当然,法源间的对话并不总是那么容易,因为法源的“溢出”(desbordamiento)是真实存在的,以至于总是有必要建立一种新的法源类型和分类,这种情况尤其会因诸如生物、环境以及跨学科的分支学科引发的交错法律问题被民法典规范而发生。因此,新法典为各种法源的优先适用提供了诸多准则。例如,其第 150 条、第 963 条和第 1709 条,分别针对私法人设立行为、合同以及民事责任,规定了相关法源的适用顺序。⁽³³⁾依此等规定,在各类法源中,特别法中的强制性规范总是处于第一顺位。但发人深省的是,设立行为、合同等意思自治的内容均被视为法源,且总是在适用顺序上被列为第二顺位,即位于特别法和法典之强制性规范之后,但又优先于特别法和法典中的补充性规范而被适用,这充分说明了新法典强调私法自治的精神。

(29) Véase Noemí Lidia Nicolau, *Código y sistema jurídico. Sus proyecciones en el Código civil y comercial argentino*, pp. 73 - 75.

(30) Véase Aída Kemelmajer de Carlucci, *Pautas para interpretar el Código*, en *Código Civil y Comercial*, p. 1.

(31) 参见注 8 引文 第 1487 页。

(32) Véase Ricardo Luis Lorenzetti, *op. cit.*; Aída Kemelmajer de Carlucci, *Pautas para interpretar el Código*, p. 6.

(33) Véase Aída Kemelmajer de Carlucci, *Pautas para interpretar el Código*, p. 6.

三、法典重构中的民商合一

(一) 民商分立抑或合一: 崎岖的历史路径

当代法教义学意义上的民商二元格局的真正形成始于19世纪。也正是在该世纪,商法虽然在制度构造上依旧垄断大部分商事规范,但民法规范对部分共通的财产法制度同样具备了表达能力,其进步极大地侵蚀了商法的外在独立性。⁽³⁴⁾ 阿根廷民商事立法史所呈现出来的犬牙交错之二元格局,即为例证。1859年,当时独立于邦联其他省的布宜诺斯艾利斯省颁布了商法典,该法典于1862年被采纳为重新统一后的阿根廷的一般商法典。有意思的是,由于在民法典付之阙如的情况下,它以30节、365个条文规定了民法(主要是债法)的内容,故被认为贯彻了民商合一的原则(商法典包容民法规范)。但阿根廷学者对其整体的评价却是:“对规范商事的制度创新太多却并无实益。”⁽³⁵⁾

1865年,同时也是上述商法典作者之一的Vélez Sarsfield独自完成了民法典的编纂,该法典颁行于1871年,从而形成了民商法典分立的格局。1889年,新的商法典颁布,它不再包括民事规范。但形式上独立的这部法典却被认为至少提供了民商再度合一的基础,只不过这次是反向的(即民法典包容商法规范),因为商法典序题第1条和法典正文第207条均规定应参照适用民法典的规定。甚至,1889年(商法典)修改委员会在通报中明确表示:“民法典的阙如,使得(1859年)商法典的作者不得不在法典中导入大量民事方面的章节和规定,在民法典通过后,这些又必须被废止。于是,民法典作为一般规则,在商事立法未作特别规定的情形,规范着该领域”,尽管“在法律演进的当今状态,我们并不认为完全独立商事立法是适宜的”。⁽³⁶⁾

细言之,1889年的商法典并未规定债和合同的一般规则,而是直接适用民法典相关主题的规定。在这种意义上,债和合同的一般规则(所谓“共同私法”的天然场所)其实已实现“形式的合一”。Vélez法典本身,尤其是在1968年第17711号法律对其进行修正后,接受了一些商法才有的规则和制度(如第17条对习惯和商事惯例之法源效力的承认、第509条的自动构成迟延、第1051条和第3430条的表见理论、第1198条的合同之诚信解释、第1204条的“默示条款”、第623条规定的复利),从而实现了财产法的“实质合一”。同时,为了缓和原民法典中的商事个人主义精神,上述修正也导入了一些原则和制度,如第954条的主观-客观非常损失、第1071条的禁止权利滥用、第1198条第2款的嗣后负担过重。⁽³⁷⁾

由此可见,在阿根廷民商二元格局的立法史上,其实一直存在着在民法典或商法典的标签下统合共同债法的努力。也许正是基于民商合一的历史情结,1926年第二届全国律师会议任命了一个法律家委员会,负责执行简化和统一债法规范的工作;1940年在布宜诺斯艾利斯召开的第一届全国商法会议通过了一个动议,即致力于通过一部民商合一的统一债法典;1959年召开的第六届全国律师会议则通过如下宣言:“(1)通过一部统一私法典是适宜的;(2)为达成这一目的,作为中间步骤,应着手制定一部统一的债和合同法典;(3)作为最终目标,应实现拉美各国私法的统一。”1961年的全国民法会议

(34) 参见施鸿鹏《民法与商法二元格局的演变与形成》,载《法学研究》2017年第2期,第80-81页。

(35) Noemí Lidia Nicolau, *El rol de los juristas en la formación del subsistema obligacional argentino*, pp. 102-103.

(36) La Comisión Honoraria designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/95, *Nota de elevación del proyecto de Código Civil*, p. 5.

(37) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, pp. 95-96.

也提议“通过建立一个唯一的债和合同规则体系作为民法典的一编,来统一民事之债和商事之债制度”。外国立法先例掀起的民商合一浪潮,更是激励着1998年的法典编纂委员会将此作为法典重构的主要任务。⁽³⁸⁾对于最后通过的法典的立法者来说,采用民商合一的模式已经无庸讨论,而且民法和商法的共存没有想象的那么困难,剩下的问题只有二个:(1)除了债和合同的一般规则这一“共同私法”的天然场所(*locus naturalis*)外,民商在哪些内容上也能实现统合?(2)商法已经不是商人们的法律,那么如何通过民商合一实现商法的人本化(*humanización*)?⁽³⁹⁾前一问题涉及民法商法化的程度,后一问题的本质则为商法的民法化,而所谓的民商合一应该是在民法商法化和商法民法化之间达成一种平衡。

(二) 法典重构中民法商法化的程度

从民商二元格局演变的历史来看,民商合一的实质其实是二法的相互渗透问题,它在时间之轴上首先表现为民法的商法化。即使在民商分立的法典体系下,作为“先锋队”的债法和动产物权的商法化其实早已完成,面对传统民法的余绪,立法者只需以新的有名契约类型加以补充完善即可。其中的原因可能是这些所谓商法规范本来就属于民法的范畴,只是出于法典编纂的历史偶然性而出现于商法典之中,从而使得民法商法化的规模在一定程度上被夸大。⁽⁴⁰⁾以此观之,阿根廷立法者在编纂民商合一的私法典时,不过是从事重新归位和修饰工作而已。于是,他们力图消除对某些传统合同类型(如买卖、互易、委托、寄托、消费借贷、保证、质押等)的民商事双重规制,把原本位于商法典中有关这些合同类型的所谓商事规范并入民法典中。⁽⁴¹⁾

另一方面,有学者认为,商法的核心领域是无法一般化的,即便新的商事契约类型被纳入私法典,也无损其商法属性,⁽⁴²⁾此可谓民商合一中真正的民法商法化。在此意义上,阿根廷立法者对迄今为止由商业习惯、商事惯例规范的诸如供应(*suministro*)、各类银行合同(银行寄托、银行活期账户、信用卡开户、保险箱服务等)、代办(*agencia*)、专卖或专营(*concesión*)、特许经营(*franquicia*)等合同进行法典化,以改变商事习惯“事实性存在”的属性,实现合同法源生产的国家化。⁽⁴³⁾

有趣的是,据笔者统计,阿根廷民商法典涉及民商合一的条文基本集中在法律行为(原商法典中关于会计账簿的规定被悉数纳入其中)和代理制度、债权编(合同总则、各种具体合同以及有价证券章节为民商合一的主阵地)、物权编之质权章节、时效制度中,对于作为商法外在独立性之制度基础的企业经营组织制度,只是参考《公司通则》的规定在私法人一节中作出了一些原则性的规定,其民商合一的程度有限。显然,阿根廷立法者并未步2003年巴西新民法典的后尘,在民商合一的问题上采意大利1942年的立法模式,将企业法亦作为其独立的一编。

就巴西的经验而言,其新民法典颁行不到十年,众议员Vicente Cándido就向国会提交了商法典草案,提出基于商法的自治性而“再体系化”。他在提交的立法理由中明确表示,该草案的主要目的之一就是“在体系和技术上把商法的固有原则和规则汇集到一个唯一的法律文本中”,“必须构建商法的微

(38) La Comisión Honoraria designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/95, *Nota de elevación del proyecto de Código Civil*, pp. 5-6.

(39) Véase Aída Kemelmajer de Carlucci, *Pautas para interpretar el Código*, pp. 11-12.

(40) 参见注35引文,第83-84页。

(41) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, p. 95.

(42) 参见注35引文,第84页。

(43) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, p. 108.

观体系,该体系和消费者保护法典之微观体系一起,补全当前的私法。民法典则作为私法的一般文本”。⁽⁴⁴⁾ 按照这一构想,要在已实现民商合一的法律行为和债法领域,根据传统的民事行为和商行为之区分标准,把所谓的商法固有原则和规则再分离出来,确非易事。因为学理和立法例已普遍认为,商事(更准确地说是经济)支配着人们生活的各个方面,民事行为和商行为的界线已变得模糊不清,法律行为和债的规定完全可以通用于民商事领域。相反,在现代社会,企业经营组织已在市场中取得中心地位,以至于民商法的界定标准从客观标准(商行为)转向主观标准(以前以商人为标准,现在则以企业为标准)。这种新的立法导向,使得企业法成为当代商法的核心。从此种意义上说,纯粹的商事领域是存在的,该领域属于企业法规调整的范围。⁽⁴⁵⁾ 因此,巴西新民法典将企业法纳入其中并独立成编,与其说是民商合一,毋宁说是民法和商法的杂糅。如此一来,有人建议以企业法为中心构建一个商法的微观体系并从民法典独立出来,并非没有道理。但问题在于,将企业法一编分离出来,其新鲜出炉的民法典的地位倒显尴尬了。

阿根廷立法者在这一问题上表现出来的审慎,和1984年秘鲁新民法典的方案是一致的。在秘鲁,主流观点认为,既然已对民事和商事采取主观的区分标准,那么就应将企业法视为商法的核心,即以一个新的一般企业法取代商法典,其目的在于使企业法成为调整所有企业之规程的一般性规范;其他商法属性的制度,如保险合同法、航空与海商法,都以特别法的方式面世,它们和企业法一道构成商法的微观体系。在民法典中则广泛采用渊源于商法的规范,全面推进债法的统一进程。⁽⁴⁶⁾ 阿根廷第26994号法律第4条在宣布废除原民法典的同时也废除了商法典,并于第1条和第2条规定新通过的民商法典和其他被修改的三部特别法(《不动产登记法》、《公司通则》、《消费者法》)分别构成该法的附录一和附录二,这足以说明其立法者已将《公司通则》作为商法微观体系的核心,而不纳入民商合一的范围。

由此可见,阿根廷立法者已充分认识到,商法的内在合理性关乎商法的内在独立性,它事实上已成为企业经营组织的外部特别私法,而商法典仅关系到商法的外在独立性,其取消只是意味着在法典化的意义上民商如何合一,并不妨碍商法以企业经营组织为核心构成内在独立的特别私法。⁽⁴⁷⁾ 要言之,所谓的民商事规范在债和契约领域可以全面统合于一部私法典中,但那些具备内在独立性的商法规范,却可以构成一个以企业法为核心的特别法之微观体系。当然,这一微观体系和私法典之间也存在有限程度的统合,即在法典中原则性地设定私法人的一般规则(如设立、章程、清算、解散等)。以私法人与其成员的关系为例,该法典第143条仅规定成员的人格、责任区分于法人,但成员是否享受有限责任的优待,则是第二层次的问题,应交由法典之特别规定尤其是特别法去处理。这样,《民商法典》以私法人概念的包容性(享受和不享受有限责任优待的均包含其中),对各种形态的企业组织形式展示了其开放性。

(三) 商法民法化的本质及其实现途径

有学者认为,真正意义上的商法民法化,应概括为以现有民法规范(适用于所有法律主体的一般私法规范)规制商人与商行为,从而使商法规范原有的规范特质与规范内容事实上趋于消亡的法律现

(44) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, p. 93, nota 6.

(45) 参见徐涤宇《秘鲁民法典的改革》,载《秘鲁共和国新民法典》,徐涤宇译,北京大学出版社2017年版,第404页。

(46) 参见注45引文,第405页。

(47) 关于商法和商法典之独立性的探讨,比较清晰的认识可以参见张谷《商法,这只寄居蟹》,载《东方法学》2006年第1期,第79页。

象。据此,该作者进一步认为,有意识的商法民法化既未在历史上真正出现,也不可能在未来大规模上演。⁽⁴⁸⁾

对于阿根廷立法者而言,商法的民法化与其说是要将原本仅适用于商人的商法规范民法化为适用于所有的法律主体,毋宁说是对传统商法过于关注商人阶层利益的一种矫正手段。质言之,在民商合一之再法典化的背景下,这涉及的是如何平衡企业经营组织之间以及他们和消费者之间事实上不平等的法律地位,以实现商法的人本化。在新法典施行之前,如果说“商人/产品提供者”和“顾客/消费者”之间的关系由商事立法来规范,那么消费者的权利几乎排他性地由民法理论来发展。从现代比较法的角度看,亦复如此:民法眼里的法律主体并无身份区别,它甚至越来越关注弱势主体,而自然人人格的发展是其终极关怀目标;商事立法则继续在本质上以企业自由和缔约主体完全自治为基础。于是,在人本主义理念的观照下,阿根廷立法者利用再法典化的机会,导入了商法的民法化。⁽⁴⁹⁾

为此,在构建合同制度的立法结构时,编纂委员会可能受意大利2005年施行的《消费法典》及其对民法典渗透的影响,深化了其所谓的“外部方法”。他们在新法典中规定了消费者的保护,但基于历史-教义的方法论,最终并未考虑定量数据的因素,以在“合同总则”中建立一般保护规则,而是选择将合同的一般类型再分为三个不同的亚类型:(1)有自由决定权的合同。此类合同是合意的结果,最终由意思自治原则规范,因而遵守新法典第三编第二章“合同总则”的规定;(2)附合事先拟定的一般条款而缔结的合同(所谓的附合合同)。此类合同被置于“合同总则”第三节“合意的构成”中,构成合意制度的一个例外情形(第984-987条);(3)消费合同(第三编第三章)。在此类合同中,合意与否并不重要,其界定乃依主体分类和消费者特定弱势地位进行。在划分三种合同类型后,合同属于民事抑或商事从而适用何种法律已不再重要,重要的是主体之间订立的合同在磋商能力上是否平等(有自由决定权的合同和附合合同之分),以及是否属于消费合同。⁽⁵⁰⁾

按照这一立法结构,商法民法化的第一个表现就是对传统民事合同和商事合同之主体预设的扬弃,消费者和消费合同借民商合一之名呈现在新法典中。在这种意义上,新法典被称为消费者法的“硬核”,也就是说,法典对消费者的最基本问题提供最低层次的保护,但这不妨碍依然有效的特别法作出较高层次的保护。⁽⁵¹⁾具体而言,新法典的条文旨在更好地确立关于当事人同意缔结消费合同的表达形式,以及限制和取消造成消费者在缔约过程中处于不合理地位的规则。因此,新法典对各种凌压行为(*prácticas abusivas*) (如第1096条规定体面待遇、第1098条规定平等和非歧视待遇)、消费合同的特别样式(如第1104条规定的在商业场所之外订立的合同、第1105条规定的远程订立的合同、第1110条针对这两类合同赋予消费者不可抛弃的撤回承诺的权利,以及第1111-1112条规定的产品提供者告知撤回权的义务、告知的方式和期限等)以及凌压性条款(第1117-1122条)进行了规制。

(48) 参见注35引文,第84页。

(49) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, pp. 107-108.

(50) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, pp. 105-107.

(51) 新法典的立法理由曰:“存在二个支持这种(立法)态度的理由:(1)消费关系的持续动力使其极富变动性,因此特别立法是极其必要和不可替代的,而且可能是易变的;(2)部门法化构成一种子系统自身的解法典化……从这个角度说,法律体系被整合为由以下三个层级构成的阶梯:(1)被国家宪法承认的基本权利;(2)本法典提供最低程度保护的原则和规则以及共同(规范性)语言;(3)特别法中存在的具体化规则。前二个等级是不变的,而第三个等级是弹性的,且和变动中的商事习惯和惯例的情势相适应。”La Comisión de Reformas designada por el Decreto Presidencial 191/2011, *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, en *Código civil y comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión*, La Ley, Buenos Aires, p. 530.

此外,这种最低层次但又是最本质性的保护也扩展到其他一些特殊的领域,如银行合同(第1384-1389条精心规定了与消费者和用户订立的银行合同)、与私人墓地相关的权利(第2111条的规范主题就是其中的消费关系)和分时所有权(第2100条规定了此种权利中的消费关系);其第1094条甚至规定,对调整消费关系的规范进行适用和解释时,应符合有利于可持续消费(consumosustainable)的原则,这被认为在消费者权利和环境权之间架设了一座沟通的桥梁。⁽⁵²⁾

商法民法化的第二个表现是前文述及的合同法源生产的“国家化”。从法源的表现形式看,这些原本定居于商事惯例和习惯中并体现商事规范创制自治的合同被纳入国家法范畴并为新法典确认,属于民法的商法化,其目的是要谋求商事交易之法律安全或减少交易成本、诉讼成本。但在本质上,阿根廷立法者更多地是出于保证更均衡的交易内容、保护消费者及其他脆弱的市场主体(如中小型企业)的考虑。⁽⁵³⁾ 而此目的的实现,端赖附合同、消费合同之一般规定对传统商事合同规则的矫正和限定。这样,不再游离于法典之外的那些所谓商事合同,在体系上与所谓的民事合同一起,和合同总则中规定的三种合同亚类型形成前后呼应、民商合一的有机整体。可以说,阿根廷立法者借助这种方式真正保障了商事交易的法律安全,但这种法律安全已然不是专指商人或企业的法律安全,而是市场的交易安全,亦即并非总是享有相同交易支配力的不同类型的企业以及企业和消费者共同所在场所的法律安全。⁽⁵⁴⁾

总之,与意大利民法典的密集“商法化”(商事标准在债和合同制度中处于支配地位;“企业主之规则”独立成编)不同,阿根廷新法典更表现为财产法的民法化。它减弱了商法化的密度,不仅注重商人或企业主的单方因素,同时也通过对消费合同和附合同的规制,特别关注消费者和弱势主体之权利的保护。⁽⁵⁵⁾ 相较于《德国民法典》在纳入消费者保护法时面对的“整合方式乏善可陈”之批评,《阿根廷民商法典》在这方面的工作却好评如潮。其原因不外乎是,前者系在欧盟指令的催迫下,将立法风格和体系化程度迥异的二部法律杂糅所致,⁽⁵⁶⁾ 而后者是在解法典化背景下的法典重构,编纂委员会的工作相当于利用拆分后的音符重谱乐章,因而更能造就法典体系的和谐。

四、结语:对中国民法典编纂的启示

正如前述,阿根廷此次法典重构的初始动因是在私法领域实现民商合一的夙愿,这一点从其在世界范围内首次使用“民商法典”的名称即可窥知。就其实现程度而言,《阿根廷民商法典》无疑是成功的,它甚至在以民事责任统合同责任和合同外责任,并聚焦于损害赔偿制度的设计这一方面,都高度完成了民商的合一。对此,西班牙有学者给予高度评价:阿根廷的解决方案非常大胆并且值得赞誉,而在不停“吹嘘”民商合一的欧洲,也仅仅是小心翼翼地达成了合一的体系。⁽⁵⁷⁾ 阿根廷本土的学者则认为,按照立法者私法统一的方式,对于为构建具有独有的商属性的规范性“微观体系”而有决定性意义的自然人或法人之“商”属性,以及法律行为的“商”属性之区分,新法典排除了其登堂入

(52) Véase Aída Kemelmajer de Carlucci, *Pautas para interpretar el Código*, pp. 5-6.

(53) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, pp. 108-109.

(54) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, p. 95.

(55) Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, pp. 111-112.

(56) 关于对德国此项立法工作的批评及其原因分析,详见注1引文,第110-111页。

(57) Véase Aída Kemelmajer de Carlucci, *Pautas para interpretar el Código*, p. 13.

室的一切可能性。这表现为1889年商法典所包含的“商人”法规和“商行为”之界定均被新法典删除,即便是继续有效的特别法中所使用的“商事公共登记”表述,也被“公共登记”一词取代。唯一表面上仍在使用的“民商”就是法典的标题,但这也只是为了强调此次法典编纂的民商合一目标。在内容上,新法典民商合一的范围几乎涵盖所有财产法领域,如私法人制度、债与合同制度、民事责任制度等,甚至包括已通过法典重构而被“一般化”的消费者法中的一些原则、规则或制度。在这种意义上,该法典不仅是实质性的合一,也是全部的合一。^[58]

其实,上述的民商合一都是在法典体系内部完成的,但阿根廷法典重构中更高层级的体系构造也颇值关注,这就是以企业法为核心的商法微观体系和消费者保护法典之微观体系一起,配合民商法典,共同构成私法的全部内容。其中,消费者法既代表民法,也代表商法,仍然是民商合一的汇合地带;而以企业法为核心的商事特别法之微观体系的存在,恰恰表明民商法典作为私法的一般文本,以私法人制度的开放性,为商法微观体系保留包容的空间。于是,一方面,未纳入法典的特别法在整体上承认前者的中心性;另一方面,法典的中心地位又因民商的统一而加强。

就我国迄今为止的法典编纂和前期立法工作而言,合同法已在民商合一的领域迈出一大步,为未来合同编的编纂奠定了坚实的整合基础;《民法总则》虽然在民事主体和法律行为(含代理)制度上作出了民商合一的努力,但仍差强人意。^[59]就前一问题而言,在未来合同编领域着手民商合一时,阿根廷新法典尤其是在民法商法化和商法民法化的平衡(渗透性的合一)方面,大有借鉴空间。此种借鉴的目标应该是重述、整合现有的合同立法资源,为磋商能力不尽相同的企业以及企业和消费者的共存市场尽可能建立法律上的交易安全。至于后一问题,撇开那些本土性元素(如个体工商户、农村承包经营户、某些特别法人等)不谈,若细加对比,我们可以发现,从民商合一的角度看,在民事主体尤其是法人制度的构造上,我国《民法总则》与《阿根廷民商法典》不无暗合之处。尽管前者未遵循国际通行做法将法人区分为公法人和私法人,而是设立了营利性法人、非营利性法人和特别法人的类型划分,以至于对一些法人的类型认定存在剪不断理还乱的问题,但非法人组织被纳入民事主体制度规范,恰可补足我国法人制度因其成员有限责任的设定而不能因应企业经营组织形态日益多样化的短板。也就是说,《民法总则》中“法人+非法人组织”的团体人格构造和《阿根廷民商法典》中的私法人制度一样,可以使诸多新生的企业经济组织形态不再因《民法通则》封闭的主体构造而游离于民事主体制度之外,同时又为超越法典体系从而构造更高层级的私法体系留下通道。依此种构造,私法典中主体制度的民商合一仅止于团体人格的一般性构造,而以公司法、合伙企业法为核心的微观体系则为企业经营组织的多样化提供具体的制度设计。

当然,《阿根廷民商法典》对于我国民法典编纂的启发意义,更应该在于它是解法典化背景下做出的一种法典重构的尝试。尽管由于我国自1949年以来从未进行过真正的民法典编纂,故一些学者作出我国民事立法正处于一个“法典化”和“解法典化”并存的时代这一判断不见得真实,但其描述的“特别法现象”、民法解释学面临的挑战、作为“特别法专家”的法律人等现象,^[60]与阿根廷立法者在再法典化过程中面临的民事立法局面又何其相似!所以,我国法典编纂中需要面对的一个重大问题,同样是如何处理民法典和特别法的关系问题,而阿根廷立法者在这方面已赢得不俗口碑,其经验可资

[58] Véase David F. Esborraz, *op. cit.*, pp. 122 - 125.

[59] 参见张谷《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》,载《中国应用法学》2017年第4期。

[60] 参见注8引文,第1488-1493页。

借鉴。不过就我国民事立法的现状而言,此所谓特别法不应包括诸如物权法、合同法、侵权责任法等民事单行法,因为这些法律本就属于民法典的固有元素,其体系化是此次法典编纂的直接目标和当然内容。

遗憾的是,囿于篇幅,本文并未介绍阿根廷新法典的其他成就。例如,在传承和变革之间,新法典表现出某些不一致,它导入了极度现代化的家庭法,却基本维持 Véllez 法典的继承制度。⁽⁶¹⁾ 其中,对非婚伴侣关系或曰非婚同居的承认,在不同时期由数个立法草案推动,但未获通过;司法实务的承认也都是孤立、分散和无序的。新法典完成了这一挑战,承认了非婚同居之“家庭”本质,于是,对于那些为实施家庭生活计划而共同生活的人来说,婚姻不再是决定其权利和义务的排他性要素。⁽⁶²⁾ 此外,其第 558 条规定,亲子关系可以通过自然生殖(不区分婚内或婚外的)、人类辅助生殖技术或收养发生,这在丰富亲子关系产生方式的同时,也预示着人类辅助生殖技术会成为允许以原创方法产生单亲家庭的一种方式,这种情况同样发生在被法律所许可的单身一人收养的情形。⁽⁶³⁾ 显然,对家庭和家庭关系的这些重新定义,意味着婚姻不再是家庭的唯一组织形式和家庭关系的起点,家庭法已由婚姻中心主义走向亲子关系中心主义。在此种意义上,我国民法典分编之一仍冠名为“婚姻家庭编”,而且目前全国人大法工委民法室的室内稿仍然贯彻婚姻中心主义,其因循守旧的法政策目标已显现无遗。在此目标框定下,能否在家庭法领域实现人之基本权利的保护,颇为可疑。

Recodification after Decodification: Enlightenment from the Argentinian Civil and Commercial Code

Xu Diyu

Abstract: The codification of the new Argentinian Civil and Commercial Code is set as a planned operational tactic to stop or resist the increasing decodification process of the twentieth century, and the key is to handle the relationship between the code and special laws. The drafting commission took the approach of partial recodification in reconstructing the code system and accomplished the transition from a complete and closed code to a code of principles and “dialogue among sources of law”. On the other hand, the initial motivation of reconstructing the code is to achieve the long-cherished wish of integrating the civil and commercial law in the same code, with the purpose of achieving a balance between civil law with features of commercial law and commercial law with the features of civil law. The enlightenment of the Argentinian Civil and Commercial Code to China is that it is the latest endeavor of integrating civil and commercial law in the background of decodification.

Keywords: Argentinian Civil and Commercial Code; decodification; micro-systems; reconstruction of civil code; integrated civil and commercial law

(责任编辑: 幸颜静)

(61) Véase Noemí Lidia Nicolau, *Código y sistema jurídico. Sus proyecciones en el Código civil y comercial argentino*, p. 75.

(62) Véase Aída Kemelmajer de Carlucci, *El Código civil y comercial argentino y el derecho de familia*, en *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, CEDAM, 2017, pp. 189-190.

(63) Véase Aída Kemelmajer de Carlucci, *El Código civil y comercial argentino y el derecho de familia*, p. 173.