

中国民法中的“层累现象”初论

——兼议民法典编纂问题

刘 颖*

内容摘要:中国民法和民法理论均面临“层累现象”的困境。立法者制定民法典的政治功利性、法律移植的副作用和路径依赖的堆叠效应等因素共同造就了民法“层累现象”的形成;其表象为民法体系中的概念混乱不清,制度和规则之间互相抵触,民法与民事特别法间错综复杂关系等诸多问题;其出路在于注重中国民法学说史研究,坚持以中国问题为民法研究转型的中心,秉承解释论研究的三条解决方案。

关键词:层累现象 民法典编纂 法律移植 路径依赖 民法学说史

一、问题的提起

清末以降,中国民法经过百年探索,历经从无到有、跌宕起伏的艰难进程,如今终成民事法律体系。现阶段民法已进入法典编纂时代,¹民法的法典化活动实为学界和国家的一件盛事,值得庆贺。但我们为进入民法典编纂时代欢呼鼓舞的同时,也应保持时刻清醒。因为现行民法距一个成熟的形式理性法仍有相当的差距。²对此,我们不禁要问,百年中国民法难道积累的还不够吗,为何仍然面对诸多难题?或许,上世纪顾颉刚先生提出的“古史层累说”³能给我们带来启示,百年中国民法史何尝不亦由层累而成的?⁴“中国民法的“层累现象”是指我国民法体系历久不衰的法律移植实用主义和多元继受倾向问题,以及民法理论长期存在的不加分析地套用代代因袭的结论、观点的问题。具体表现为民法的体系性紊乱,民法理论的模棱化等现象。”⁵

纵观近代百年法律史,法律移植是中国近现代法发展的一个基本历史现象。⁶“中国社会俨然成

*浙江光华法学院博士研究生。

本文的选题受浙江大学光华法学院该种传统的启发,在此深表谢忱! 本文原载2014年第9期《中国法学》第4期。

[1] 如张晋藩教授认为,当史发展到今天,中国社会主义法律制度已经基本形成,各项民法单行法律亦已经实施百年,加上民法学经过30多年的恢复与发展,其成果已蔚为可观,立法典制定的时机已经来临。参见张晋藩,主编,《中国民法百年史话》,《中国社会科学》2011年第4期。

[2] 参见刘颖,《解构:清末开埠以来的中国民法》,《中国社会科学》2008年第4期。

[3] 关于层累说的层累理论的研究,参见刘颖,《“层累说”之“疑案”问题再讨论》,《法学月刊》2014年第7期;刘颖、毛峰,《顾颉刚“层累说”与中国古史“说的现代意义”》,《史学理论》2011年第2期。

[4] 参见刘颖,《解构:是一种态度》,《中外法学》2004年第6期。

[5] 刘颖,《民法的移植与法的本土化》,《中国法学》2008年第3期。关于“法律移植”或“法律继受”,吕鸿钧教授认为,“在人海法律文苑的演进过程中,人们观察到法律移植的现象,即一个民族或国家的法律移植到另一个民族或国家,经法学界传授上,传播上,从而形成这种现象,从而产生继受法于原移植法源经过的现象。”参见吕鸿钧,《法律移植:理论与实证与全球化时代的新趋向》,《中国社会科学》2007年第4期。因此,本文不对“法律移植”和“法律继受”作区分,制假行此文皆使用。

了各主要法律体系的实践场”^[6]。民法亦不例外如此,中国民法史实质是一部法律移植和学说接受史,各法律体系的民法在过去的一个世纪里轮番登场。法律移植固然是中国民法走向现代化的捷径,然而,亦有不少弊病。此问题并没有引起民法学界的足够重视。我们可以从横向、纵向两个截面来解构民法中“层累现象”的图景。单从纵向的立体面观察,我国民法中的“层累现象”分为不同的层次构造,由于自清末以来的民法移植是多元层次的法律接受,并造就了不同移植效果和影响,从而逐层累积形成了中国民法百年史。从横向的平面角度切入可知,“层累现象”又有千式百样的表象,因为经历多层次累积的民法造成了制度互相借鉴或混合接受。如果我们不能意识到中间环环相扣,移植进来的基于形成体系的异质因素,以致发生格格不入的窘境。^[7]“共列构成了我国民法中的“层累现象”,^[8]面临此种法学现象,应探索它从何而来,又将何去何去。在民法典编纂时代,我们应如何协调“层累现象”与民法典编纂之间的关系?

二、民法中“层累现象”的构造与缘由

总体而言,民法中的“层累现象”是不同层次构造而成的。不同层次共同构成了一个构造序列,构造序列是指不同构造期或同一构造中不同幕(或阶段)所产生的层次构造先后有序。“层累现象”的构造序列的建立有助于认识不同层次构造发育和演化规律。一次构造运动即民事立法活动,按一定作用方式或不同政治功利性产生的构造要素群成为一个构造世代的构造(简称为“层次”)。前一层次的构造对于后一层次的构造发育起着控制或限制作用,后一层次的构造叠加于前一层次之上的现象为构造叠加,是一种“层累现象”。其效应往往是改造了前一层次的构造,使其格局、面貌发生变化,出现叠加构造形式,民法中的“层累现象”的构造序列的建立关键在于划分和对比不同层次的构造,弄清前、后层次构造世代之间的控制、限制和叠加效应和干涉构造关系。

(一)民法中“层累现象”的形成

构造序列根据不同阶段和属性,可得“层累现象”分为四个层次:清末民初时期(1911—1926年)、南京国民政府时期(1927—1949年)、改革开放前三十年(1949—1978年)时期、改革开放后至今(1979至今)。

1.第一层的形成:清末民初(1911—1926年)的民法和民法学

中国近代第一部民法典草案可追溯至1911年的《大清民律草案》,实称为“民律一草”。从形式上看,该草案采用总则、债权、物权、亲属和继承五编制体例,可调整齐而周密,^[9]但就实质而言,草案摆脱不了先天的固有缺陷,如财产法以德国、日本、瑞士民法为模范,人身法却以大清旧律为样本且未经多数学者讨论,难免有缺陷瑕疵,终而造成财产法和人身法的割裂的局面。^[10]尽管“民律一草”有种种不足,但并不淹没其伟大的历史功绩。当中国民法“开始了一个华丽的转身,出现了划时代的进步”,^[11]在西时国联大陆法系诸多选择时锁定了大陆法系中潘德克顿体系,基本上奠定了此后中国民

[6] 梁彦,《民法:从开放到重聚——兼论商法的独立及其特点》,载《清华法学评论》第4辑,清华大学出版社2009年版,第1页。

[7] 梁彦著,《学衡新民法》,北京大学出版社2012年版,第55页。

[8] 需要特别说明的是,“层累现象”并不限于中国民法学,其他如100个加国法学,200个法学,行政法学等,甚至美国法学整体都存在这种“层累现象”,美国大百科全书中的“层累”词条最能佐证,均与法律移植的轨迹相系。此外,在一定程度上,本文亦以“层累现象”作为构造,借此,主要想说明法律移植一般都对法律移植其他法律(比如层累现象,除了总则,本文以民法为中心论述。

[9] 梁彦著,《近代中国之立法》,中国政法大学出版社2012年版,第45—46页。

[10] 梁彦教授认为,作为一部统一制民法草案,《大清民律草案》前两个部分明显具有大陆法系上的分裂性特征,这种分裂性不仅超过了一百多年前的《法国民法典》,而且也超过了《德国民法典》,《瑞士民法典》,甚至超过了《日本民法典》。在实质上存在整部的民法典草案,且前两个部分都存在潘德克顿问题。梁彦著,《中国近代民法史研究》,中国政法大学出版社2004年版,第47—48页。

[11] 梁彦著,《百年中的中国民法学编年与前景展望》,《河南政法管理干部学院学报》2011年第3期。

法百年的基础。^[13]

清末民法典选择了通过日本间接学习德国民法的“曲线救国”式途径。^[14]同样地,清末民法理论经过日本的“中转站”接受了德国潘德克顿学说。但日本民法理论是文情兼受德国民法和法国民法的产物,这为当时的民法学界带来了诸多困扰,如近代民法学对财产权的理解即为例证。^[15]或许亦为日后中国民法理论的争论埋下了伏笔。加之,近代民法的话语系统源于日本,20世纪初期,以日本为中转站在引进西学的热潮中,学者们在校短的时间里把西方近代法律概念(包括民法法律术语)移植到了中国。^[16]总之,我们基本上是通过日本这层面纱学习近代西方民法,故而难免可能导致一些理论的谬误随之引入中国民法学。

“民律一章”因请颁的覆亡未及付诸实施,但并不影响民法理论的自然演进。如民国初期的法政学校教科书基本按照《大清民律草案》的体例依次进行解释草案中的条文,法政学生此时学习的民法专业词汇也均为草案中的词汇。^[17]因为,虽然事实上《大清民律草案》未起施行,但参与修订这一草案的人,皆任事于民国初期的法学界或法律实务界。^[18]

与民法理论发展相反,民国初年的民事法律制定工作停滞不前,导致民事既有法和习惯成为民事法律的主要渊源,于是产生了民法学理论与民事法律不协调的局面。1912年4月3日,民国教育参议院因“民律一章”未经立法审议程序而被拒绝援用,并决定民事案件适用《大清现行刑律》中的有效部分。^[19]《大清现行刑律》的民事有效部分内容是中国固有民法规则调整对象,调整方式的集中体现,北洋政府时期的大理院对民事习惯进行选择性适用,以判例和解释的方式对民事习惯得到比较充分的尊重和发挥。^[20]并为后来制定民国《民律草案》准备了丰富的材料,也促进了民事法律实质内容的发展。^[21]《中华民国民律草案》终于在1926年完成,史称“民律二草”。通说认为,“民律二草”是以“民律一章”为基本修订而成,沿袭民商分立体例,且有所突破。具体言之,“民律二草”在固有法与移植法的整合方面取得较大进步。分析其进步的原因,一方面是民初大理院的判决积累了一些司法经验,另一方面是经过20多年的法学积累,民法学在这一时期也取得了较大进步。这使得许多固有民法规则和移植法规则都经过改造以后才进入《民国民律草案》。^[22]值得注意的是,此种整合固然有进步意义,但是否考虑过所可能产生的后遗症?如由于制定得极为匆忙,民国《民律草案》有许多未尽妥善之处。^[23]

以上“民律一章”和“民律二草”(1911—1926年)的制定以及因而诞生的初期民法学共同构成了民法学中“混成现象”的第一层。

2. 第二层:南京国民政府时期(1927—1949年)的民法继民法学

《中华民国民法》采取了分编起草、分别通过的制定方式,在“民律一章”和“民律二草”的基础上,采用了德国的潘德克顿编制体例和概念体系,并参照其他各国民法典制定而成。^[24]实行民商合一的

[13] 参见梁慧星:《中国内地民法的接受》,《山东大学法律评论》,山东大学出版社2003年版。

[14] 参见王立凯:《清末中国从日本民法引进德国民法》,《法学》1997年第4期。

[15] 潘德克顿以教授法学,近代中国民法学上的财产权概念均受到了该学说的影响,这是因为日本民法承袭法国法律传统,虽然民法已编纂,但民法中的财产权理论并没有完全摆脱民法法法学的的影响,同时《大清民律草案》的起草人松冈义正本人对“财产”概念的理解采用的是法国理论,中国民法学中的财产法体系就是主要借鉴法国两种财产理论,即事实上在中国民法学中形成了两个“财产”概念。参见梁江:《近代中国民法学中的私法理论》,北京大学学报(哲学社会科学版),第39卷,第2期,第206页。

[16] 李贵连:《中国古代民法的萌芽》,《法商研究》2001年第6期。

[17] 参见前引[14],梁江书,第24页。

[18] 同上书,第24页。

[19] 参见前引[14],梁江书,第116—117页。

[20] 梁江主编:《中国民法近代化研究》,中国政法大学出版社2006年版,第49—54页。

[21] 同前引[11],第2章第3节。

[22] 同前引[11],第2章第3节。

[23] 参见前引[14],梁江书,第206—211页。

[24] 参见前引[11],第2章第3节。

立法体例。《中华民国民法》作为中国法制史上的第一部民法典,其地位与贡献自不待言。

与清末民初的民事立法有所不同,它不仅贯彻了现代民法的立法精神和原则,还在借鉴外国民法方面更加拓宽了视野。主要表现为《中华民国民法》在起草过程中既继续吸收了大陆法系德国、日本等国的民法制度,又在一定程度上移植了20世纪新颁布的若干国家的民法典的具体制度,如瑞士与苏联两国民法典的部分内容就被《中华民国民法》所吸收。^[24]民国民法是综合借鉴的产物,可谓由各国民法典杂糅而成。正如梅仲协先生经典评价:“现行民法,采德国立法例者,十之八九,瑞士立法例者,十之三四,而法日苏联之成规,亦尝撷取一二。”^[25]假如潘德克顿体系是一座清风敞亮的房子,那么五编制体例是房子的整体框架,各项民事法律制度、规则和概念好比是门窗,各篇总则犹如通向各层的阶梯。而《中华民国民法》看似是一座清风敞亮的“房子”,但原有的“门窗”(各项制度、规则和概念)均换成或杂糅了其他大陆法系支系的“门窗”,最终这座“房子”难免会面临不通风或昏暗诸多不适的问题。因此王泽鉴先生敏锐地指出:“我国民法系以德国民法为骨干,但兼采瑞士民法及日本民法,若干重要制度,虽各取所长,但不免于皆产生解释适用之疑义。如民法第18条第2项所称‘损害赔偿或慰抚金’之意义,婚姻之无效或不成立等,均其著例。”^[26]又如,《中华民国民法》第184条之设计,主要效摭德国民法,但其关于“权利”之规定,却与法、日民法,瑞士债券法一样,采概括主义,然德国民法仅采例示主义。这势必导致“权利”一词在理解上出现分歧。^[27]正如世承领域所形成的“冲突格局”^[28]等,诸如此类的问题不一而足。

故而,南京国民政府时期(1927—1949年)的民法构成了我国民法中“层累现象”的第二层。

3.第三层:改革开放前三十年(1949—1978年)的民法和民法学

中国共产党中央委员会于1949年2月22日正式宣告废除以“六法全书”为中心的旧法统。废除“六法全书”给新中国法律和法学产生了重大影响,既中断了中国法律近代化的进程,也中断了已经初步形成的中国现代法学体系,亦为苏联法和法学的全面进军中国留出了巨大的空间,中国法和法学的发展游离于世界法和法学发展的主流之外。^[29]

民法和民法学亦不例外。为了填补空白和寻求法统的正当性,新中国民法建设的初期完全转向苏联,将苏联民法及其民法理论奉为圭臬。殊不知,苏联民法实质也是借鉴德国民法的产物,且苏联民法在具体内容和制度上诸多方面维护会有制的偏见和歧义。新中国的民法学理论建构是在当时“向苏联学习”的历史背景下,通过翻译苏联学者的民法学著作^[30]、聘请苏联专家来华讲学和派出留苏学生等方式,全盘接受了苏联的社会主义民法学理论。从苏联借鉴而来的新中国民法和民法学,为了强调社会主义和资本主义的区隔,蕴含着强烈的意识形态色彩,突出民法的阶级斗争分析方法,以及否定社会主义民法的私法性质,坚持民法的公法性和国家经济计划等特征,甚至比苏联民法学更为极端,片面。^[31]提到贡献或许总巧合地保留了我国民法与大陆法系中的德国法系之间的维系。

[24]李贵森:《试论民国民法的渊源与《中华民国民法》》,《政法论坛》2002年第3期。

[25]梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,和聚序。

[26]王泽鉴:《民法学说与判例研究》第五卷,台湾:北书局2004年版,第8页。

[27]曹聚仁:《中国近代法律与行为法学的理论体系——以民法的移植与移植》,《法制与社会发展》2007年第1期。

[28]曹礼会:《继承领域内冲突格局的成因——近代中国的民法与继承法移植》,《中国社会科学》2007年第7期。

[29]曹礼会:《论新中国民法和法学的起步——以“废除国民党六法全书”与“民法改革论纲”为线索》,《中国法学》2000年第4期。

[30]20世纪80年代,我国翻译了大量的苏联民法学著作和法典,如中华人民共和国法制委员会编,《苏俄婚姻、家庭及监护法典》,王德茂译,新华书店1956年版;《苏俄婚姻、家庭和监护法典》,李贵森译,法律出版社1956年版;〔苏〕斯维本特洛夫,《苏维埃婚姻法——家庭法》,方树译,作家书屋1954年版;〔苏〕C.И.库兹涅佐夫主编,《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1955年版;〔苏〕恩金主编,《苏维埃民法》(第一卷),中国人民大学民法教研室译,法律出版社1956年版;〔苏〕德涅吉瓦托夫,《苏维埃民法对社会主义财产的保护》,谢树礼、李贵森译,法律出版社1987年版;〔苏〕克·阿·格吕格,〔前·苏〕德波斯基主编,《苏维埃民法论(关于各种债的研究)》,王明毅、李贵森、康士荣译,中国人民大学出版社1987年版;〔苏〕安方葛诺布,杨俊峰,《苏维埃继承法》,李贵森、曹七家、潘国友译,法律出版社1987年版;〔苏〕阿特穆兹夫,《苏维埃民法中的遗嘱》,西南政法学院编译组译,法律出版社1984年版。

[31]曹礼会:《中国近现代接受西方法律的因果性》,《中国法学》2006年第1期。

换言之,新中国民事立法和民法学研究移植苏联模式。首先,表现在第一次民法典草案不仅在框架体系上完全模仿了1922年《苏俄民法典》的总则、物权、债和继承的四编制模式,而且在总则编的立法和学术研究上,也深受苏联的影响。在限定民法的调整对象,民事主体和民事客体等基本制度和原则上,采取了同苏联相同的立场。^[31]此外,移植苏联民法的另一后果是,将婚姻法从民法体系中剥离,作为民事单行法。^[32]拟为苏联民法学理论认为,民法的对象是社会主义社会的财产关系,此外还调整着某些人身的、非财产的关系,如姓名权、创作权等。^[33]“国家庭是基于婚姻及血统,而为国家所多方面关心的社会主义社会的基础组织,它建立在互爱、男女平等,个人利益与社会利益的一致上面,履行互相帮助和对儿童的共产主义教育的职能。”^[34]此种做法无论从结构体例上,抑或体系内容上均造成了财产法和人身法的人为割裂,也为以后亲属关系立法过于松散、凌乱,甚至出现自相矛盾的现象而削弱了亲属法的功能等问题留下了隐患。

新中国成立后至改革开放前的30年的民事立法一直深受苏联民法之困,民法理论也无法摆脱苏联民法学的窠臼。以上现象,构成了中国民法中“层累现象”的第二层。

4. 第三层:改革开放后至今(1979年至今)的民法和民法学

诚然,改革开放后的中国民法和民法学有了长足的发展。改革开放30年,是中国民法逐步繁荣发展的30年,也是民法的理念渐次增强的30年。^[35]值得注意的是,30年来所取得的立法和学术成就均离不开对外国法和学说的继受过程。而且,此阶段的继受外国法逐渐从单一继受苏联民法过渡到了混合继受各国民法的局面,或许正是造成我国现行民事立法和民法理论错综复杂甚至互相抵触的根源。毕竟,单一继受外国法尚且出现诸多前述问题,更何况混合继受呢?

具体言之,30年以来的中国民法大致经历了三个进程:^[36](1)1978年起贯穿了整个20世纪80年代,民事立法仍保留了苏联法的痕迹,民法学研究亦尚未跳出意识形态的牢笼,停留在单一继受时期。民事立法表现为1979—1982年期间的第三次民法法典化活动所形成的4稿民法草案,草案的编制体例和内容以1964年《苏俄民法典》和1978年修订《匈牙利民法典》为参考。^[37]就民法学研究而言,意识形态色彩、阶级分析方法仍然占据主导。“此阶段的民法学可谓是马列主义民法学,究论文实质内容的确如此,多数论文重意识形态划分,强调公有制和私有制的对立,社会主义和资本主义的对立,无产阶级同资产阶级做的对立,进而表明社会主义民法不采用资产阶级民法的精神、原则或者制度。”^[38](2)从20世纪80年代中期开始,一直贯穿了整个20世纪90年代,为苏联法学影响式微,我国台湾地区民法学兴盛时期,进入二元继受阶段。此时的中国民法学研究的首要知识资源是沿袭德国法系传统的田中阴、我国台湾地区民法学。^[39]1986年的《民法通则》就是最好的印证。(3)大约从20世纪90年代中期开始,日本法、德国法、法国法等大陆法系和英美法系在我国民法舞台上轮番登场,民法进入了混合继受时代。1999年《合同法》即为混合继受的阶段性成果,它融合继受了大陆法系和英美法系,甚至国际公约

[31] 李贵方,《中国移植苏联民法模式考》,《中国社会科学》2002年第3期。

[32] 如李贵方教授认为,新中国婚姻法深受苏联影响成为独立于民法的一个法律部门,同时,“婚姻法的结构、理论也深受苏联影响,多受苏联法《苏中婚姻法的成因与苏联模式的影响》,《法律科学》2000年第4期。

[33] 陈延周引[30],见李贵方编著,第16—17页。

[34] 陈延周引[30],见陈延周译法文版,第21页。

[35] 田中阴(22)上,利明等文。

[36] 本文中的三个进程,借鉴了朱自力教授关于当代中国法学变迁三个阶段的划分,即第一个阶段是1978年起贯穿了整个20世纪80年代,此时期主要任务是移植、确立法学的自主地位,第二阶段大致从20世纪80年代中期开始,一直贯穿了20世纪90年代,法学开始了移植本土化创新,第三阶段大致从20世纪90年代中期开始,中国法学界又出现了一派新的气象,各方学说开始竞相发生,将整个中国的法学上法理论出版社2004年版,第9—12页。另外,高毅教授将中国近三十年学术史分为三个阶段,即第一阶段为1978年至1988年,第二阶段1988年至1999年,第三阶段为2000年至2007年。参见高毅,《法学研究三十年:民法学》,《法学研究》2008年第3期。高毅首先对官方的划分时间上差异不大,比较契合,或许可以以定例推之一般而论。

[37] 陈延周整理,《中国民法》,从阿比来,阿比社,《中国改革》2006年第7期。

[38] 田中阴(22)上,利明等文。

的内容。如放弃了1986年《民法通则》采纳的物权变动与债权变动相区分的理论和制度,转而采纳法国法和日本法上的“同一主义”,即依据一个债权意思表示统一发生债权变动和物权变动效果的立法模式。^[41]《婚姻法》中的苏联法印迹仍然明显,《物权法》继承了德国、瑞士及日本物权法,兼采英美法系,且尚未摆脱苏联法的羁绊。《侵权责任法》也是混合接受的产物,综合吸收德、法等大陆法系以及英美法系的内容。以上仅为我国民法体系中混合接受外国法的冰山一角。故而,我国大陆现行民法最终形成了兼用苏联法、日本法、德国法、法国法、我国台湾地区法等大陆法系,并兼采英美法系和国际公约等诸法系层累的局面,或许正好为百年中国民法的一瞥缩影。

中国民法经过改革开放30年以来的复兴和发展,从单一接受苏联法转变为混合接受各国法,以致现行民法带有“多元复合”的色彩,^[42]从而形成了“层累现象”的第四层。

随着我国社会主义法律体系的基本形成,中国民法或许将进入新的发展阶段,我们是否要将层累现象追溯至新时期呢?

(二)民法中“层累现象”的缘由

“层累现象”的缘由大致有制定民法典的政治功利性差异,法律移植的副作用和路径依赖的堆叠效应等方面。要言之,制定民法典的政治功利性是缔造了“层累现象”的层次构造,法律移植的副作用决定着“层累现象”中产生诸多“异质因素”,路径依赖的堆叠效应影响层次构造之问“异质因素”的累积,三者进而共同造成了我国法学中的“层累现象”。

1. 立法者制定民法典的政治功利性差异

近代各国制定民法典都具有一定政治目的。^[43]对于法典编纂而言,政治因素必定是重要的,并且当法典问世之时也必定有适当的政治环境。^[44]同样,同一个国家的不同政府,或相同政府在不同阶段制定民法典都具有政治目的,即立法者制定民法典的政治功利性差异。

新中国建立前共经历了清朝和民国的三个政府三个阶段。立法者制定了两个草案和一个民法典。^[45]至于两个草案和一个民法典的出台,其立法动机都带有明显的功利性——政治力量对这三个文件的出台起到了至关重要的作用。^[46]“即其立法动机都带有不同的政治功利性。其一,清末制定民法典草案,初衷之一是废除领事裁判权和变法维新,^[47]但《大清律例草案》的制定实际上是一个末日王朝的保命之举,其直接目标在于救亡图存。^[48]既要变法维新,又要巩固自身统治,当时最好的榜样就是近邻日本成功借鉴西方法,因而向日本学习制定民法典是一条最经济可靠的途径。其二,民国北洋政府和南京国民政府制定民法典的考量大体相同,即作为资产阶级共和政府都面临统治正当性问题,为彰显民主共和政体,以及面临领事裁判权的压力,因此制定民法典成为必须。但南京国民政府在形式上统一中国后,制定民法典的动机或许也有“立法治国”的壮志雄心。

与清末至民国时期不同,新中国建立后以改革开放为界可分为两个制定民法典不同政治功利性的阶段:第一,新中国建立之初的立法者制定民法典,主要是为了寻求社会主义法统的正当性以及与资本主义法律体系相区隔,从而决定了本阶段的民法典制定活动必须以苏联为师。第二,改革开放以后的中国借鉴西方私法,主要动因来自1978年中共十一届三中全会以后市场化改革的内在需求与对民主法制的追求,因此逐渐形成了以《民法通则》为主体,《合同法》、《继承法》、《婚姻法》、《担保法》、《物权法》、《侵权责任法》等一系列单行法组成的民事法律体系。至此,立法者的政治功利性基本得以

[41] 郑玉波主编,《民法总论的视角看中国近现代对西方民法学的接受》,载郑玉波,《今昔》,《中德法学论坛》第4卷,法律出版社2010年版,第66页。

[42] 参见前引[11],梁慧星文。

[43] 前引[26],北洋集卷,第3页。

[44] 参见[英]·托克,《民法法系的历史与形成》,李静林、胡新华译,中国法制出版社2011年版,第141页。

[45] 前引[14],前注,第3页。

[46] 葛洪:《新中国民法法典化历程考论》,载《产权与法治》2011年第1期,第11页。

[47] 前引[1],梁慧星文。

实现。自2011年以来迈入了新阶段,立法者的政治功利性应是完善社会主义法律体系的必须,也是中国百年民法的总结以及追求国家治理现代化的必经途径。

2. 法律移植的副作用

法律移植确是中国民法现代化的一剂良药,但民法在不同阶段进行多样化的法律接受,不同成分的良药组合而成的猛药必然存在副作用,况且是药三分毒呢!

我国民法接受外国法长期以来盛行实用主义倾向,是造成法律移植副作用的首要原因。如前述,现阶段民法已从单一接受转变为混合接受外国法的局面,本来混合接受的长处在于比较各国立法的优劣,取长补短。但事实上,要真正实现这样的目标却并非易事。大陆法系民事立法特别讲究体系性和逻辑性,往往是牵一发而动全身,混合接受不同国家的民法制度规则时,不仅要考虑“受体”与“供体”之间的契合度和相容性,还务必要关注“供体”之间的逻辑关系和相互衔接,稍有不慎便可能导致立法的矛盾或疏漏。^[44]实用主义倾向的后果是在一部法律中接受的某具体制度来自不同国家或不同法系,从而致使法律零散化。^[45]“因为基于这种功利主义的哲学缺乏绝对向度,是一种利益导向和心理导向的权衡,必然会造或某种程度上选择的茫然甚至盲目。最终,混合接受中的实用主义倾向增加了混行私法体系内不和谐的制度因素,徒增法典化的难度。”

此外,二次接受和混合接受也是产生法律移植副作用的原因之一。首先,二次接受在制度规则以及内涵等方面的理解上出现偏差。在清末和新中国初期的两次民法草创阶段,无论是《大清民律草案》,还是1954年至1956年的第一次民法法典化活动,或1962年至1964年的第二次民法法典化活动均为二次接受德国法。前者取道日本二次接受德国民法,后者透过接受苏联民法而二次接受的潘德克顿体系。相对直接接受而言,二次接受在理解规则、制度内涵等方面更容易产生悟译等问题。其次,混合接受将不同法系或相同法系不同支系的规则概念夹杂一起,可能对注重逻辑性和体系性的民法形成制度冲突或体系性瑕疵。混合接受或许是中国民法中混生现象第四层(即现行民法)的特色,不仅有苏联法学的痕迹,亦有大陆法系的传统,如民事法律行为问题,既以大陆法系为主体,又吸收英美法系的制度,如《合同法》中不安抗辩权与预期违约问题,过失相抵和减损规则的共存问题,直接代理及隐名代理的问题。此外,大陆法系各不同支系的民事立法和理论说在现行民法中有所影响,如物权变动模式问题。

3. 路径依赖的难叠效应

制度变迁呈现出路径依赖的特征。路径依赖是指“发展路径一旦被设定在一个特定的进程上,网络外部性、组织的学习过程,以及得自于历史的主观模型,就将强化这一进程”。^[46]“以法律移植的角度而言,民法制度的移植一旦进行,就会对接受国产生不以人的意志为转移的持久的影响。”^[47]百年中国民法的路径依赖,根据不同的方式有制度路径依赖和认知路径依赖的区分。前者主要表现为法典化、潘德克顿法学以及民商合一的路径依赖,后者是法学教育中的路径依赖。认知路径依赖往往在一定程度上决定了制度路径依赖的走向。

(1) 制度路径依赖。其一,德国法的路径依赖。自从清末确定了接受德国民法后,中国百年民法接受德国潘德克顿法学历经引进、衰落和复兴的过程。^[48]同时,清末以来形成的中国民法学,是在接受大陆法系民法传统尤其是德国民法学的基础上发展起来的,它承袭了大陆法系民法学的理论传统。^[49]其

[44] 曹进华、刘军:《物权法》的中国特色与时代精神,《江西社会科学》2007年第3期。

[45] 潘龙奇作,《借鉴域外的法律接受理论与中国的民法接受》,《理论与法学》2007年第6期。

[46] 刘军:《逻辑断裂与困惑》,《制度、制度变迁与经济绩效》,载刘军、成思贤主编《2008年卷》,第136页。

[47] 张弘前引[4],李贵谊文。

[48] 参见潘世忠,《中国民法接受潘德克顿法学》,详载,前揭刘军引[2]。《中国社会科学》2008年第2期。同时,董世安教授认为,1906年前,有人已经意识到西法与国情,中国之属于大陆法系只是偶然或事实,而不可靠的因。西法,西法或只能在一个国家有法律性。在中国形成西法所形成的法律传统面前,任何立法者和学者都难逃(49)。参见董世安,《大陆法系三编式的民法典不适合中国国情》,《政法论坛》2007年第1期。

[49] 解时珍,《当代中国民法学的理论建构》,《中国法制报》2009年卷,第16页。

二、法典化路径依赖。自从1804年《法国民法典》开始，“民法典情结”已成为大陆法系的固有传统和特征，所以大陆法系又称为“民法法系”或“成文法系”。反观中国民法，在立法模式上的法典化路径依赖尤为明显，因而有学者认为清末以来的民法发展史，形式上是追求一部有中国特色的伟大民法典。^[5]其三，民商合一的路径依赖。在清末民初的两个草案中虽然选择了民商分立的民法典模式，但《民国民法典》选择转向了民商合一的民法典立法模式，至今中国民法仍沿用该立法模式。

(2) 认知路径依赖。认知路径依赖是指行为人的观念在制度中所发挥的影响，即决定选择主要概念模型的作用。^[6]这里是指法学教育的路径依赖，中国法学教育模式和教育体系的建立过程，既是学习大陆法系法学教育模式的过程，也是大陆法学深刻影响中国法学的过程。自1903年《奏定学堂章程》将法学分离政治学单独设为法科专业开始，直至1949年新中国成立前，各法科学堂或大学里的法律教育课程设置均遵循大陆法系的法学教育模式，如以大陆法系部门法为基础，分别设立宪法、刑法、民法、商法、诉讼法等，甚至民法课程还按分为民法总论（总论）、民法债编、民法物权、民法亲属继承。^[7]新中国成立后初期的法学教育从课程设置、教学内容、教学方法、教学组织以及教学形式各方面，基本上都是照搬苏联的一套。^[8]改革开放后的法学教育，基本上仍然回归大陆法系的法学教育模式。^[9]

回顾我国民法的编纂史和学术史，民法典与近现代民法理论历经百年，从无到有，最终得以构建以潘德克顿体系为主体的中国民法大厦。然而，近代以来的变法活动始终停留在制定法上的表层，单纯从法律条文到法律条文，照搬照抄一些书本上的规则而忽视了具体制度下的行为博弈。^[10]民法典的编纂活动同样无法脱离历史的轨迹。因为立法者制定民法典的政治功利性差异、法律移植的副作用和路径依赖的堆叠效应等因素的影响，百年民法的发展进程同时也是民法中“层累现象”的形成史。

三、民法中“层累现象”的表象与出路

(一) 民法中“层累现象”的表象

民法经过百年的积累与沉淀所形成的层累现象，在现行民法中的表象性质上属于民法的体系性瑕疵和民法理论复杂化，具体表现为基本概念混淆不清、制度与规则的抵牾，以及民法与相关部门的交错等三个主要问题。

1. 基本概念混淆不清

层累造成的百年民法史，因为民法理论长期存在的不加分析地套用代代因袭的结论、观点，或是消解了历史遗留问题，从而形成了现行民法中基本概念不清等问题，“买卖合同”、“公民”和“民事法律行为”等即为例证。概念是建立体系的核心，概念的层次决定了体系的层次。^[11]基本概念的清混不清，必将影响体系的构建和层次结构。

(1) 买卖合同中“完成其他给付”的概念问题。我国民法学界就“完成其他给付行为”是否纳入买卖合同成立要件存在分歧，但对于“完成其他给付”的问题上均未进行深入阐述。从法律史的脉络梳

[5] 参见前引[1]，页80文等文。

[6] 参见前引[16]，页28书，第142页。

[7] 参见何勤华，《中国法史学》（第三卷），法律出版社2008年版，第40—115页。

[8] 高树勋，《法学研究及法学教育论》，北京：法律出版社1996年版，第221页。

[9] 也有学者认为，新中国成立50多年来，中国法学教育经历了从学习苏联模式，到借鉴大陆法系模式，再到融合中国特色模式和形成的变迁过程，参见黄群德，《论法学教育中国模式的初步形成》，《法学论坛》2011年第5期。其主要特征是融合模式，这是中国特色模式，仍然不能摆脱以大陆法系为主体的法学教育模式。

[10] 参见李海霞，《论且·柏日与法律》，北京：法律出版社2001年版，第291页。

[11] 傅晓飞，《法律与历史：体系化法科学与法律历史社会学》，北京大学出版社2013年版，第429页。

理,要物合同是近现代大陆法系民法沿袭罗马法的产物,要物性在近现代民事立法上具有缓和性的趋势,要物性要件从罗马法至今都没有超出物之交付的范围。通过考察发现,要物合同中的代物清偿以他种给付为其要物性要件,实际上他种给付是包含物之交付和其他给付,其外延大于物之交付,只要与原定给付不同即可。此为德、日和我国台湾地区的学说判例上将“代物清偿”的规定解释为要物合同的源流。但我国大陆在代物清偿的学说继受中没有意识到不同国家之间法律制度的区别。比如德、日和我国台湾地区均对代物清偿有法律规定,而我国大陆现行法未对代物清偿进行规定,仍简单地将代物清偿为要物合同的学说继受过来,于是就出现了体系混乱、概念不清的问题。^[61]显然,现行民法学说中关于“完成其他给付”的要物合同理论是从南京国民政府时期民法学(第二层)至今的一种路径依赖,但我们没有注意实证法上并没有“代物清偿”的规定,以致造成了“要物合同”的概念在第四层中产生了层累问题。

(2)民事法律行为和公民的概念问题。1949年以前的民法仅有法律行为的概念,并以此为核心构建完整的民法典总则结构。现行法的“民事法律行为”概念受层累现象中第三层次的苏联民法的影响,在《民法通则》中采用了合法行为是法律行为本质的做法。^[62]“以合法性作为法律行为的本质也是层累而来的,通过考察和梳理历次民法典起草活动发现,“民事法律行为从苏联法学中引入并最终定型于《民法通则》是立法者制定民法的政治功利性不同的产物,即为区别于资本主义民法以及从形式上摆脱苏联民法的影响,从而确立了民事法律行为的概念。以此为基础,《民法通则》又创造了民事行为的上位概念,以致法律行为概念扩张至其他法域,如行政法使用行政法律关系等。但法律行为的创设仅限于私法领域,即“系用以指称私法领域中法律效果为意志所规定的自治行为”。^[63]“民事法律行为二次继受德国法的法律行为造成了新的概念矛盾,并出现法律行为理论和实际生活相脱离的概念使用状况。”“公民”的概念亦同为层累造成的民法基本概念问题。我国《民法通则》中以“公民(自然人)”的方式表述民事主体显得怪异,并且在法律中采用括号的形式对法律概念补充说明在民法立法中前所未有。据考证,以“公民”一词表述民事主体始于1964年《苏俄民法典》,在其第二章第二节的标题为“公民”,自此确立了社会主义国家以公民表述民事主体的立法例,并为新中国成立后的民法理论所接受。^[64]以层累现象理论解构,我国现行法中“公民”是在第三层继受苏联法的结果,并在第四层借鉴了以“公民”前方式指称民事主体。但是,在民法中使用公民代称民事主体与私法体系格格不入,因为公民原是公法上的法律概念,其作为民法概念,反映了民事生活的某种封闭性和“非私法”性。

2. 制度与规则互相抵牾

无论依国民法典,还是德国民法典,亦或瑞士民法典,大陆法系的民法均自成体系,亦有逻辑性和体系性的性格。民法各项制度规则间的排列设置,也遵循着维持内在逻辑和外在体系的规律。我国民法自清末选择德国民法模式,并于《中华民国民法》正式定型,各项民法制度规则基本遵循了德国民法的逻辑性和体系性。即使新中国民法,也是同样地保持了德国民法的性格。然而,1979年以来,现行民法体系重构时,在不同阶段受到了各种法系民法学说的影响,并且体现于各民事单行法。于是,不同制度和规则之间出现了互相抵牾的窘境,比如预期违约和不安抗辩权问题,直接代理和隐名代理问题,以及物权变动模式问题。以上基本上是现行民法重大理论难题。通过梳理可发现,此境况的产生是层累造成的。

(1)预期违约和不安抗辩权的问题。不安抗辩权制度于民法体系中的地位在层累现象第一层即清末民初民法继受德国民法典时得以确立,亦随着路径依赖沿袭至现行民法。但1999年的《合同法》第94条、第108条将英美法系的预期违约制度纳入至现行民法中,形成了层累的叠加而造成合同法内

[61] 参见刘军:《论要物合同的本质——以原汗“完成其他给付”为中心》,《烟台社会科学》2011年第7期。

[62] 关于法律行为的合法性溯及其评价,参见夏复生:《民事行为行为》,中国人民大学出版社2002年版,第34—37页。

[63] 参见李洪义:《法律行为概念述证》,《中外法学》2006年第3期。

[64] 参见刘军:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第101页。

[65] 氏并译:《民法上的人·自然人·公民》,《法律科学》1991年第3期。

部体系的不和谐。《合同法》的预期违约制度规定在第68条、第69条、第94条和第108条四个条文中,而这四个条文分别规定在第四章“合同的履行”、第六章“合同的权利义务终止”和第七章“违约责任”三章中,没有对预期违约进行专门规定,与《合同法》的体系不协调,而且也破坏了预期违约制度的结构和内容。

具体表现为:第一,第108条规定的情形与普通法系的先期违约存在着出入;第二,在普通法上的先期违约行为发生在履行期限届满之前,而《合同法》第108条规定在履行期限届满之前,这个差别可能导致效果的巨大不同;第三,《合同法》第108条仅规定了同时马上请求债务人承担违约责任的经济方式,未提请求债务人恪守合同,履行其债务的路径;第四,适用《合同法》第68条和第69条的规定,主张不安抗辩权,需要承担繁重的举证责任,而援引第108条的规定,则无此类举证负担,功能相近的两项制度,如此失去权衡,难谓成功;第五,最大的问题在于,上述设计违反了同一部法律不宜规定功能相同或相近的制度的原则。^[67]而且,默示预期违约与大陆法系中债的不履行这一上位概念是矛盾的,它与大陆法体系引以为豪的逻辑严密、体系完美特征是不相符的,它的引入必将对代理理论以及整个债法体系,进而对整个民法体系产生冲击。^[68]从引进至今,学界对预期违约和不安抗辩权之间关系的争论未曾停歇,似乎亦尚无定论。

(2) 物权行为和无权处分问题。物权变动问题涉及范围基本可涵盖整个民法体系,因而物权变动模式是物权法最核心的问题,乃至整个民法的核心问题之一。王泽鉴教授将物权二分法之为民法的“任督二脉”,再恰当不过。我国民法的物权变动模式一直存有争议,大致有意思主义变动模式、债权形式主义变动模式、物权形式主义变动模式等区别。本文无意纠缠于我国采何种变动模式的争论,暂且先搁置各模式间的具体问题争议,旨在层累理论中探寻问题争议的根源。

总体而言,我国物权变动模式的争论根源也是层累造成的。前文提及现行民法从1978年以来的30年里不同时期分别继受了大陆法系各支系的民法理论,并兼采英美法系理论,形成了混合多元继受的局面。同时,不同时期的大陆法系物权变动模式理论在立法上影响了模式的选择,通说乃认为我国物权变动采混合主义模式。可以说,物权变动模式在我国现行民法的诞生开始就困扰着它。

梳理近代民法和学说史,首先,层累现象中的第一层和第二层的民法典(草案)均采用物权形式主义的物权变动模式。^[69]如《大清民律草案》第979条、第980条,《中华民国律草案》第745条、第750条和第751条,《中华民国民法》第758条、第760条和第761条。其次,在层累现象的第三层开始,物权变动的模式有所变化。1949年以来,受苏联民法和意识形态的影响,虽然体例沿袭潘德克顿体系,但我国民法采所有权制度,并没有“物权”的名称,故而物权行为更无从谈起。此阶段所有权转移的规则,一般为“除合同另外规定,应按合同规定办理外,通常都是以标的物实际交付的时间,作为买受人取得标的物所有权的时间”,进而,标的物的实际交付应如何确定呢?根据买卖合同不同情形而有所区别,如财产移交于时即为交付,或房屋买卖以登记为交付,或买受人实际占有标的物的于达成协议之时认定为交付等。^[70]根据上述买卖合同的所有权转移规则,似乎既不能据此认为承认了物权行为理论,也不能就此否认了物权行为理论。这种所有权转移的规则在1986年《民法通则》第72条得以反映,该条和1964年《苏俄民法典》的第135条惊人的相似。^[71]据此,《民法通则》第72条受苏联民法的影响,其侧面

[67] 参见前注①,《立法制度移植的冲突因素和内在和谐问题》,《法学》2005年第4期。

[68] 参见,《默示预期违约与不安抗辩权制度法条适用性之探讨》,《法律评论》2006年第4期。

[69] 关于近代民法学物权变动理论沿革史研究,参见高洪坤,《近代中国民法学中的物权变动理论》,华东政法大学2008年博士学位论文。

[70] 中国政法大学民法教研室编,《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1984年版,第119—124页。

[71] 1964年《苏俄民法典》第135条规定,“标的物取得财产人的所有权,如果法律或合同另有特别规定,自标的物交付之时起产生,如果关于转让标的物合同需要登记,则所有权自登记之时起产生。”参见北京大学法律系民法教研室编,《民法教学资料(苏俄民法典)》,1989年版,第44页,《民法通则》第72条规定,“财产所有权的取得,不得违反法律规定,按照合同或者其他合法方式取得财产的,财产所有权从财产交付时起转移,且法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

于1964年《苏俄民法典》第135条并无异议。可见,《民法通则》关于所有权转移的规则沿袭第三层面,是层累形成的。最后,上世纪90年代以来,随着日本民法学的影响深入,关于物权变动模式的建设在立法和理论上蕴含着比较浓厚的日本色彩,并在《担保法》和《合同法》(第133条)得以体现。然且,本世纪以来我国民法趋于德国民法学的迹象明显,故而《物权法》中的德国潘德交顿体系痕迹显著。第9条和第23条关于物权变动的规定,似乎更加接近德国的物权形式主义变动模式。《买卖合同司法解释》的规定加强了物权形式主义模式,似乎为我国关于物权变动模式的长年争论划上了一个句号。

综上,我国的物权变动模式的争论即如前述层累形成的。无论是继受苏联民法的物权变动模式,抑或日本民法的物权变动模式。这两种物权变动模式似乎都有一个同样而遗憾,即苏联和日本两千的民法典体系采用德国物债二分的体例结构。但需注意的是,德国与法国两国民法典的体例结构并不仅仅是形式不同,更在于体系性和逻辑性的天壤之别。因此,可以判定假如在体例上采用德国模式,而在物权变动模式上采意思主义或债权形式主义,将会产生无法协调物债二分的规范体系。^[71]如产生概念混用问题,如果不承认物权行为,也就无所谓处分行为。但在现行法(如《物权法》和《合同法》第51条)中都有处分或处分权的概念。又如,《合同法》第51条关于无权处分的规制,是把它作为效力待定的行为来规定。该条例体现的价值,实际上强化的是对权利人的保护。但是《物权法》第106条规定,在符合善意取得的情况下,受让人可以取得所有权,它所体现的是对交易安全的保护。所以同样是无权处分行为,根据《合同法》第51条可能因权利人未追认而无效,但根据《物权法》第106条,权利人即便不追认,也可能是有效的。^[72]这两个条款发生了冲突。总之,层累造成了我国民法中的物权变动模式问题。

3.民法与相关部门法的交错问题

改革开放以来,立法者除了逐步完善民事基本法外,还颁行了大量的民事特别法和经济法,如《劳动法》、《劳动合同法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《食品安全法》、《反浪费法》和《反不正当竞争法》等。民事单行法和经济法群体的庞大,逐渐侵蚀传统民法的边界,甚至瓜分民法的领域范围,造成民法与特别民法和经济法之间错综复杂的紧张关系,也给民法典的制定带来了体系性的困扰。其实,民法与民事特别法和经济法之间的体系性问题,亦是层累现象的表象之一,即民法和民事特别法的交错,民法与经济法的关系均是层累形成的。

(1)民法与民事特别法的关系问题。对此,学界已开始保持关注并提出相应的解决方案。^[73]在此之前,似乎更应该先寻找现行民法与特别民法之间的症结所在,非对症下药,方能治标治本。笔者认为,我国现行民法与民事特别法的关系属于中国问题,有别于其他国家的民法典与特别民法关系!^[74]而且层累造成了中国现行民法与民事特别法的并存现象。要言之,民事特别法的发达是历史的遗留问题。由于民法典的缺失与民事特别法的发达呈正比例关系,新中国建立以来我国民法典制定活动历经波折,几易数稿终未能成型。同时,随着经济体制改革的不深入,《民法通则》的法律规范不足以解决新时期所面临的问题,以致形成了庞大的民事特别法群体。而且,我国的民事特别法具有英美法系泛化的倾向,如公司法、证券法仅保留了大陆法系的躯壳,法律规范基本引入英美法系为主,又以公司治理规则和证券监管制度为其。

[71]参见前引[6A],第459—464页。

[72]王利明,《法律体系形成后的民法典制定》,《广东社会科学》2002年第1期。

[73]施晓飞认为,特别民法弥补主要特别民法,就要有特别民法和行政特别民法,除了补充型特别民法外,其他特别民法完全可以归入社会法、经济法范畴。参见施晓飞,《民法典与特别民法关系论纲》,《中国社会科学》2013年第2期。

[74]其他国家如德国也面临民法与特别民法的关系问题,但两者完全属于两种情形两个问题。最明显的区别在于,特别民法的产生原因不同。德国等其他国家是先有民法典,特别民法是对民法典的内容进行补充和细化而制定,或将原为无规范特别的社会政策目的而制定,或通过对行政管理私人关系以实现特定行政目的而制定。然则,我国现行的法中的民事特别法的产生,是在民法典尚未制定完成的背景下,并受“改法为实”的民法编纂思想的影响下,以及现行民法调整范围不同而由不同立法制定。前者民法典与特别民法的界限式加清晰,体系性应当明显,而后者民事特别法与民法典的关系不明朗,甚至民事特别法有侵蚀民法典的可能,并削弱体系性压力。

以我国民事特别法的惩罚性赔偿制度为例。自《消费者权益保护法》第49条确立惩罚性赔偿制度以来,形成了现有的惩罚性赔偿制度条文集。如《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7号)第8条、第9条,《食品安全法》第96条第2款,《侵权责任法》第47条,《劳动合同法》第82条、第85条、第87条等不同时期的不同民事特别法均规定了惩罚性赔偿制度。对于一直秉承潘德克顿体系的我国民法而言,作为源于英美法系的惩罚性赔偿制度无疑是一项“异质”因素。若从单纯制度论制度,文本到文本的引入,而不考虑其在英美法系的背后机理以及历史与实践的合理性;同时,以超越同属赔偿的惩罚性赔偿制度,与遵循同质赔偿的民事赔偿在性质上的显著不同,可能导致惩罚性赔偿制度的法律定位难题,甚至会产生体系妨碍或混乱。故而,我国民事特别法中的惩罚性赔偿制度给民法典的体系化带来了考验。

(2)民法和经济法重合关系的厘清问题。当前学界已不再或很少讨论民法和经济法两个学科的重合问题,但这并不代表该问题得到妥当的解决。

民法和经济法似乎在调整关系和社会主义法律体系部门泾渭分明。从调整关系而言,民法的调整范围是平等主体之间的人身和财产关系,是调整国家从社会整体利益出发,对经济活动实行干预、管理或者调控所产生的社会经济关系的法律规范。从社会主义法律体系来看,民法商法和经济法均构成中国特色社会主义法律体系的部门,并且都有不同的法律、行政法规或地方性法规组成。^[75]但是,以高等院校的学科设置来看,民法和经济法之间的关系却有着“说不清道不明”的意味。比如,我国的民商合一立法体例自《中华民国民法》沿袭至今,民法学科自然囊括商法学科。然而,当前高等法学院校面临的是民商法学科“商化不足”,经济法学科“商化过度”的局面。^[76]具体而言,民商法学科基本以传统民法为主,商法薄弱;而经济法却以商法为主体,其他如财税法、垄断法、反不正当竞争法等为辅。进而,商法如公司法、企业法、证券法等部门法课程的讲授基本上也为经济法学科负责。连带产生的效应是,商法学的研究方法和理论思维趋于脱离民法学,而偏向经济法学,并且导致“民商合一”名不副实。

此种现象,亦经层累造成。在社会主义法学界,一个特别的现象是经济法学的出现对民法调整范围的侵扰。无论是前苏联法学还是中国法学都出现了经济法和民法关于调整范围的激烈纷争。^[77]“因为我国继承了苏联经济法的概念,在苏联悬而未决的民法与经济法之争亦伴随而来。不仅经济法如此,我国民法的调整对象理论以及《民法通则》所理定的调整对象理论也是直接继承苏联法学而来。1986年《民法通则》第2条关于民法调整对象的规定将民法调整范围一锤定音,成为民法和经济法讨论争辩上了句号。此后,经济法学为寻求学科独立的合理性,提出诸多调整对象的理论学说。至今,经济法学关于调整对象的理论呈多样化趋势。”^[78]调整对象理论决定着一个学科的范围,经济法学的调整对象多样致使其范围具有相对弹性空间。可见,民法学和经济法学在商法问题上的重合关系,实际源自层累造成地两个学科的调整对象范围问题。

(二)民法中“层累现象”的出路

1. 注重中国民法学说史的研究

我们为什么要关注学说史的研究?首先,层累理论决定了需要关注历史变迁中的学说史,“凡是一件史事,应当看它最先是怎样的,以后逐步的变迁史怎样的”。^[79]学说史是从法律发展的学术积累层面研究法学产生与发展的过程,考察法律的历史积淀,旨在探讨不同时期法学特定概念与范畴的

[75]参见《中国特色社会主义法律体系白皮书》,载于中国政府门户网站http://www.gov.cn/jing/2011-10/27/content_1979488.htm,2014年7月10日。

[76]此种现象比较普遍,如中国人民大学法学院为例,浏览其官方网站,可检索到如下信息:人大法学院分设民法经济法与民事诉讼法学教研室,法学教研室以传统的民法(民法总论、商法、物权法、债法总论等)领域为主,而经济法教研室以研究公司法、企业法为主。其他如中国财经政法大学、武汉大学法学院、浙江工业大学法学院等众多法学院校均有类似现象。

[77]陈立东、林泽成,《论民法调整对象理论发展考》,《法学家》2004年第4期。

[78]关于经济法调整对象理论学说的介绍,参见王增林,主编,《中国民法学:黄田二十一世纪的回顾与展望》,《法学评论》1999年第1期。

[79]陈立东,《古史辨存序》(上卷),商务印书馆2011年版,第1页。

体系化、整体化的过程。^[60]以民法和经济法关系的混生问题为例,要解决其间的混生问题,单纯从现行学科的调整对象理论着手将无法把握问题的关键,换个角度,从学说史为切入点,对民法和经济法的调整对象学说进行条分缕析和追根究柢的途径,方能找出两者产生盘根错节症结的问题所在。其次,法学家的使命使然。萨维尼认为,法学家必须具备历史素养和系统眼光,前者是以确凿把握每一时代与每一法律形式的特性,后者强调在与事物整体的紧密联系与合作中,进行省察每一概念和规则。^[61]最后,构建中国民法体系和民法学理论的必需。法律制度会随着社会的变迁而改变,同样蕴含其间的制度利益也会发生变化。^[62]学说继受而来的民法制度和概念,其中制度利益也可能将随着历史的流变发生变异。

法律的历史是连续的,意味着法律的发展无法摆脱历史。它必须从历史中汲取它发育需要的养分。^[63]因而,在民法典编纂时代的中国民法面临此种“混生现象”,民法学理论亟需学说史视野。只有这样,民法学的理论水平和民法体系才能从整体上得到提升和完善,中国民法才能真正成熟。

2. 以中国问题为中心是民法学研究转型的方向

百年来的中国民法,虽然以法律移植和学说继受为主要基调,但从外国民法继受而来的这套概念、原理、制度和体系已熔入于中国社会,成为立法、司法和理论的基础,构成了中国民法自有体系。因而,混生造成的中国民法史属于“中国问题”。一直以来,民法的研究有言必称“德法日”的倾向。同时,在文章写作中关于文献资料的引用上似乎必须引用德日文献,否则就无法凸显文章的“高大上”格调。

然而,我们所面临的问题是,如何面向“中国问题”来建构“中国民法理论”。这是当代中国民法学者需要认真思考的重大问题。反思“中国问题”与“中国民法理论”及其内在关系,建构面向并解决“中国问题”的“中国民法理论”。新时期以来,中国民法学界开始反思与超越传统民法教科书体系,力求推进民法学理论的创新,形成了民法学研究的“文本解读”、“比较研究”、“基础研究”、“实践解读”四种基本路径。这些研究取得的学术成就以充分肯定。然而,前三种路径整合不够,相对缺乏问题导向,对“中国问题”和“中国理论”缺乏深刻的阐释。“法学研究的中国问题意识根本而言就是批判反省意识,对它的论证应当坚守事实证成和价值证成两个维度。在当下中国,法学研究既不能做简单的“信息搬运者”,也不能唯“主义”至上。^[64]“民法学的研究亦为如此。因而中国民法学研究的路径应该而且可以多样化,但研究的出发点和落脚点都应是“中国问题”。“法学研究的中国问题意识就是强调法学研究植根于当下中国的现实社会,以当下中国现实社会存在的真实问题为研究对象。”^[65]

总之,直面中国民法中的混生问题,当代中国民法学者应以学术思想和中国问题结合,理论观点和实践问题聚合作为努力方向。

3. 注重解释论研究

民法的混生现象,尤其是理论的混合继受形成的杂糅化、体系性瑕疵问题,目前更亟需法解释学在现行法律体系之内消除规则和制度的冲突。因为,法学家面临的主要任务是在清醒认识中国民法发展趋势的基础上,运用法律的解释技艺,消除现行法律之间的矛盾,使法律得到人们的信赖并占化为人民的行为准则,从而形成有秩序的法。^[66]

迄今为止,民法典的创制久悬不决,现行民法体系面临诸多混生问题,当务的努力是需要共同迎接“民法解释论的新时代”。^[67]虽然近年民法理论的研究已趋于解释论,^[68]但解释论研究是否已经

[60] 韩太华:《中国法学重要民法学说史研究》,《法学研究》2014年第6期。

[61] 参见[德]萨维尼:《立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第17页。

[62] 梁上士:《利益衡量说》,《法律法苑》2013年版,第102页。

[63] 萨维尼[60],前揭书,第114页。

[64] 参见韩太华:《民法学研究的中国问题意识》,《法制与社会》2014年第3期。

[65] 梁上士[7],前揭书,第114页。

[66] 王利明、杨立新:《民法总论》(中国政法大学),《中国法学》2006年第3期。

[67] 目前民法学界的论文及80%的解释论加上20%的立法论。参见《中国法学》编辑部:《中国民法学新发展报告(2010-2011)》

——基于期刊论文的分析》,《中国法学》2012年第1期。

进入了足以支撑民法典的新阶段呢?此外,学界关于民法理论的研究历来集中于民法基础理论、民法总论、人格权法、物权法、债法总论、合同法、侵权责任法等领域,而婚姻家庭继承法方面的研究比较薄弱,遑论解释论于其中的研究。以2013年CSSCI期刊民法学论文数据统计显示,婚姻家庭继承学科的论文数量仅有55篇,占民法研究的6.56%。^[89]而在民法学2013年CSSCI论文数据显示,婚姻法和继承法只有11篇,而民法论文有206篇之多。^[90]文章数量虽然并不能代表整个学科的研究水平,但也是民法学研究现状的反应,可作为衡量的参考。可见,在民法理论的研究(包含解释论的研究)中亦出现了财产法和人身法的“脱脚”的迹象。财产法和人身法的割裂问题是层累现象之一,问题始自清末,并在新中国初期继受苏联法时期加重,影响至今。由此,我们有理由担忧,当前民法解释论研究的成熟度与中国民法学说体系构建的完善度,尚能否应对民法典编纂时代面临的挑战。

故而,面临当前民法中“层累现象”的问题,学界继续秉承解释论于民法学的研究亦是解决方案之一。

民法中“层累现象”的表象揭示出现行民法中的概念问题,体系困境甚至是学科叠合等难题,不论是民事法律行为问题,还是物权变动模式问题,亦或是民法与其他学科间问题均为现行民法中的重大疑难理论和现实问题,而问题的根源均为层累造成也。因此,为构建中国民法体系和完善民法学理论,以应对民法典编纂的伟大工程,层累造成的民法应寻找出路以及摆脱困境,比如注重中国民法学说史研究,坚持以中国问题为民法研究转型的中心,秉承解释论研究。

四、余论：兼议民法典编纂问题

历史总是惊人地相似。两百年前,即1814年,海德堡大学罗马法教授蒂堡发表了《论制定一部统一的德国民法的必要性》的论文,极力主张以《法国民法典》为典范进行民法典的编纂,并借此编纂统一德意志各地的私法。同年,萨维尼对蒂堡进行了回应和批评,在其题为《论立法和法学的当代使命》的论战文章中,提出了著名的历史法学观点。他从反理性主义立场出发,反对德国模仿《法国民法典》和《奥地利普通民法典》。^[91]同时,萨维尼认为他和蒂堡之间追求的目标都是渴望拥有一个坚实的法律制度,寻求民族的统一与团结。此时编纂民法典只能给予德国所渴求的一半的统一与团结,当前所面临的问题并不是在法的渊源而是在民族自身,最终认为当时尚无力制定一部法典。^[92]很明显,蒂堡与萨维尼之间的分歧并不在于要不要制定德国民法典,而在于当前制定民法典的时机是否成熟,以及在于制定民法典的方式是直接模仿《法国民法典》还是对罗马法,且耳曼法进行重新梳理之后编纂全新的民法体系。这场著名的论战堪称学术史上的一个经典论战,在这一论战之中,最直接的影响是催生了一个影响巨大的历史法学派,推迟了德国民法典的产生将近一个世纪。^[93]此次论战,最终决定了《德国民法典》居功至伟,并与《法国民法典》并驾齐驱的历史地位。

两百年前的德国民法学界关于如何制定德国民法典的经典论战,同样抛给了当今中国民法诸多启示与疑问。

十余年前,随着立法者提出在2010年制定完成民法典的规划,我国民法学界热火朝天地展开了关于民法典制定的大讨论,尤其是2002年民法典草案的公布将这场学术讨论推向了高潮,在此期间

[89] 中国人民大学民商事法律科学研究中心,2013年CSSCI期刊民法学法学论文数据统计分析,载《中国民商法律网》<http://www.chinalaw.com.cn/legallaw/2014/06/2014071001>。

[90] 《民法学2013》(CSSCI论文数据统计),载《中国法学网》<http://www.cn-11.com/bsw/bsw/bsw/11944.shtml>,2014年7月10日。

[91] 参见柯泽洪:《民法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社2002年版,第113—114页。

[92] 参见前引[91]文,第21页。

[93] 参见前引[91]文,并参见注。

甚至还发生了“世界民法典编纂史上的第四次论战”。^[94]然而,这场民法典大讨论似乎没有最终的定论,而受随着立法者淡化民法典的民法而日渐式微。诚然,十年来,学者们对民法典的制定、体系化和科学化、法典结构以及民法理论等问题保持了持续的关注。^[95]这对于制定一部高质量的中国民法典的确有帮助,但是如果总是重复那些四平八稳的陈旧论点,如果且把理论的眼光局限在西方提出的甲乙丙丁若干学说的选择上,也许会耽搁我们关注真正的问题和进行具有原创性的理论建设工作。^[96]因此总体客观而言,中国民法学的成长不过知多年,仍不显十分成熟。有学者对此感到忧虑:“中国法学家在对民法的内在体系没有进行深入探讨的情况下,忙于外在体系的建立,是否过于盲目呢?而且,问题是,中国能否在较短时间内构建自身的内在法律体系呢?”^[97]“中国民法典的制定是目前中国法学界的盛事,对于这一宏大的工程,民法理论以及整个法学理论的准备不足是显而易见的。”^[98]因而,面对民法典,看来我们真的需要“三思而后行”。^[99]

在实现民法学理论转型的过程中乃至当下,中国民法学都存在着先天不足而导致的理论成熟性的缺陷,构建中国民法学理论体系的任务仍然任重道远,学界当需继续努力。^[100]也有学者一针见血地指出了现有研究的弊病,“我国迄今为止的民法学研究,在总体上呈现出的一个突出特点就是过分侧重制度性研究。”^[101]比如,对层累现象的问题没有深入细致的研究,民法学说史的梳理依旧相当薄弱。故而,我们对于民法典有诸多疑问:其一,虽然新近几年关于民法理论和民法典制定等诸问题的讨论,以及民法教义学等研究均已经进入了新局面。但是,要制定一部与《法国民法典》、《德国民法典》媲美的21世纪伟大的民法典,我们所作的准备是否充分?其二,或许中国民法典编纂体制的最佳选择,是以稳健的态度,以潘德克顿体系为依托,同时以中国的需要和具体情况,进行适应中国需要的改良。^[102]我们是否也要结合中国民法对潘德克顿体系进行梳理,并构建完整的中国民法学说和民法体系?其三,立法者新近制定的民事法律依旧存在层累问题,民法仍然面临层累现象的困境。也难怪有学者发出“民法典渐行渐远”的担忧,甚至流露出“民法典草案十周年祭”的悲视态度。我们是否仍有信心去期待一部伟大的中国民法典?或许,我们更要像200年前的德国一样反思“立法和法学的当代使命”?

民法典,我们准备好了吗?



[94] 参看德国梅迪,《中国民法从起草思想论战——世界民法典编纂史上的第四次论战》,中国政法大学出版社2009年版。

[95] 关于近十年来民法典编纂问题的学术史考察,可参见刘冠雄、刘冠雄,《中国民法典编纂的一个学术史,1997—2007》,《河南省政法管理干部学院学报》2007年第1期。关于民法典最新的研究成果,参见原厚刚,《层累现象中的民法统一与民法典的未来》,《中国社会科学》2014年第5期。

[96] 曹宇,《“物”的概念的反思与中国民法典的编纂》,《法学》2002年第4期。

[97] 杨立新、王洪亮,《民法法理的学科定位——当代民法学家的使命与理念法律理论化》,《比较法研究》2004年第1期。

[98] 韩延芝,《中国民法典制定原理及主要问题》,《吉林大学社会科学学报》2005年第4期。

[99] 曹宇著少物,《“民法典编纂”、“三思”而后行》,《中外法学》2003年第4期。

[100] 曹宇,《物》,《物》,《物》,第133页。

[101] 王林,《对中国民法学学术转向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》,《比较与社会实践》2006年第1期。

[102] 参看曹宇,《裁判民法学的理论建构》,武汉大学出版社2012年版,第267页。