

民法典的立法技术: 关于《民法总则》的批判性解读

石佳友*

摘要: 法典化是立法理性化的首要手段,立法技术是民法典质量的重要保证。我国《立法法》亦对立法技术设定了要求: 法律规范应当明确、具体,具有针对性和可执行性。这是我们在编纂民法典过程中所必须遵循的原则。在法律史上,惹尼是较早对民法法典化立法技术进行系统研究的学者;他关于法律语言、法律术语、法律抽象等问题的论述,在今天仍然具有现实意义。我国的民事立法历来具有通俗易懂的特点,但《民法总则》在措辞与行文方面仍然有值得商榷的条款。从立法的简约精神来看,《民法总则》中大量的定义、列举和一些冗余性条款显然没有必要。从民法典规范设置的角度来看,《民法总则》中设置了大量的援引规范,加剧了法律渊源的分散化现象,增加了主体找法的困难;另外,《民法总则》中还存在肯定性规范与否定性规范错配的现象。这些都说明: 在下一步的民法典编纂过程中,对立法技术的研究与应用水准都有待进一步提升。

关键词: 民法典 立法技术 法律渊源 法律语言 法律简化

在私法领域,法典化在当代仍然被认为是立法理性化的首要手段;这显然与启蒙运动的理性主义思潮有密切关系。“自近代以来,简化和明晰法律的愿望越来越明显,处于世俗化进程中、不断发展的国家将其作为实现立法进程理性化的手段。为此,法典化方法很快作为达到目标的必要条件被加以采用。”⁽¹⁾法典化的目标主要在于尽可能完整地将所涉部门的法律渊源都囊括其中,实现法律安全和法律的可达性(accessibility),并兼顾法律的稳定性。⁽²⁾

立法者为达致上述目标的法典化行动,属于立法学的范畴;立法学致力于研究立法者不同形态的立法行为。更具体地说,“立法学是关于构建公共行动及其法律表达的方法论,其致力于确定阐述、编纂、颁行规范的最佳方式”⁽³⁾。立法学旨在实现法律规范产生进程的理性化,它以社会科学为支撑以求准确反映社会现实,以传播科学和语言科学为基础以编制规范。⁽⁴⁾在狭义上,立法学从技术的

* 中国人民大学法学院教授,法学博士,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。本文为中国人民大学-日内瓦大学种子基金-中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)项目“瑞士债法改革与中国民法典的制定”(项目批准号:16XNQ021)的阶段性成果。

(1) Jean - Pierre Duprat, « Genèse et développement de la légistique », in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, p. 11.

(2) Jean - Philippe Dunand, « Entre tradition et innovation : analyse historique du concept de code », in Bénédicte Winiger & Jean - Philippe Dunand (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 10 ss.

(3) Morand, Charles - Albert, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in Charles - Albert Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix - en - Provence : Presses universitaires d' Aix - Marseille, 1999, p. 18 ss.

(4) Alexandre Flückiger et Jean - Daniel Delley, « L' élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique », in Christine Chappuis, Bénédicte Foëx & Luc Thévenoz (dir.), *Le législateur et le droit privé : Colloque en l' honneur du professeur Gilles Petitpierre*, Genève : Schulthess, 2006, p. 125.

角度分析法律规范的产生,尤其集中于编纂的有关技术。⁽⁵⁾而在广义上,立法学还关注法律的适用,因为法律本身的技术特点(譬如其易懂性)本身也直接制约着其适用的效果。⁽⁶⁾

我国《立法法》第6条规定“立法应当从实际出发,适应经济社会发展和全面深化改革的要求,科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。法律规范应当明确、具体,具有针对性和可执行性”。此一条文对立法设定了几个不同层次的要求:其一,就立法的必要性和目的而言,立法应当从实际出发,适应经济社会发展和全面深化改革的要求;不能制定脱离实际情况或者与经济社会发展和改革需要相背离的法律;其二,从立法的内容来看,立法应当科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任;就此而言,立法对权利义务的配置应遵循正义、公平等要求;其三,从立法的行文和措辞特点来看,法律规范应当明确、具体,具有针对性和可执行性;这正是对立法技术方面的主要要求。

2017年3月15日,第十二届全国人民代表大会第五次会表决通过了《中华人民共和国民法总则》(以下简称“《民法总则》”),这是我国当前民法典编纂工程取得的重大成果,标志着立法机关所制定的“两步走”战略的第一个步骤已顺利完成。因此,《民法总则》在相当程度上也昭示着未来中国民法典的特色。从这个意义上说,有必要从比较法的角度,对2017年《民法总则》的立法技术进行全面检视。

一、惹尼论民法典的立法技术

立法学到底是一门艺术,还是一门科学?这的确是个问题。⁽⁷⁾如果是一种艺术,则立法者应该具备艺术家的素质:本能、品味、天赋、冲动。如果是一门科学,则要求采取一种富有条理、充满理性的方法。⁽⁸⁾在法律史上,曾经有法学家对这样的问题进行过思考。

从历史上看,较早对法典化的立法技术进行研究的是英国著名法学家边沁;在18世纪晚期他形成了比较系统的法典化思想。⁽⁹⁾边沁始终认为,清晰和简洁,这是立法语言最为重要的两个特点。因此,边沁对法律的简化有着近乎极端的要求“根本不需要法学院去解释,不需要学着去评注,不需要借助词典去理解,不需要决疑者们去揭开其中的玄机。”⁽¹⁰⁾如果说这样的极端理想在现实生活中难以完全实现(即便法律再简单,法学家们的评注和词典的帮助在一定程度上对于理解法律仍然是必要和有益的),他所倡导的法律简化也应该作为立法者始终追求的基本价值之一。

几乎与边沁在同一时期,意大利学者 Gaetano Filangieri 出版了《立法学》一书。他认为,在三权之

(5) Jacques Chevallier, « L' évaluation législative : un enjeu politique », in Alain Delcamp, Jean - Louis Bergel & Alain Dupas, *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Documentation française, 1995, p. 15.

(6) Charles - Albert Morand, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in Morand, Charles - Albert (dir.), *Légistique formelle et matérielle - Formal and Material Legistic*, Aix - en - Provence : Presses universitaires d' Aix - Marseille, 1999, p. 17.

(7) Charles - Albert Morand, « La croissance normative : comment faire face à une masse de droit considérable? », *Schweizerisches Zentralblatt für Staatsund Gemeindeverwaltung*, 1986, n° 8, p. 3 et s.

(8) Alexandre Flückiger & Jean - Daniel Delley, « L' élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique », *op. cit.*, p. 128.

(9) François Ost, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in Philippe Gérard, François Ost et Van de Kerchove (dir.), *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Bruylant, 1987, p. 163.

(10) Daniel Gutman, « L' objectif de simplification du langage législatif », in Nicolas Molfesis (dir.), *Les mots de la loi*, Paris : Economica, 1999, p. 73.

外应设立第四种权力机关“法规审查者”,负责审查法案的质量,评估法律的效果,纠正法律的错误,并对法律进行与时俱进式的发展。⁽¹¹⁾

在法律史上,首先对民法典的立法技术进行系统性比较研究的,应属法国著名学者惹尼。1904年,法国民法典百年诞辰纪念;在“比较立法学会”所组织的研讨会上,法国学者、“自由的科学研究”(libre recherche scientifique)学派的创始者之一、南希大学的惹尼(François Gény)教授发表了《当代民法典化中的立法技术》一文,⁽¹²⁾对民法典的立法技术进行了深入和系统的探讨;这是民法史上较早对民法典编纂的立法技术进行系统研究的重要文献。

(一) 法国民法典的立法技术

惹尼指出,立法技术(technique législative)“在本质上是一些立法的方法(procédés),通过这些方法,作为当代实定法最主要渊源的成文法适应其所赋予的特殊角色,即实现对人的行为向一切法律组织的终极目的指引。对立法者而言,立法技术要求其制定出确定的、强制性和明确无误的规范,以求对不同群体之间处于冲突状态的利益作出清楚的界分,建立起为社会发展所必须的秩序”。⁽¹³⁾在惹尼看来,立法技术既包含“实质性和内在的方面”,涉及到一些基本价值,与立法作品的内容相关;立法技术也包含一些形式性的方面,使得立法尽可能涵盖所针对的法律部门的全部渊源,有效调整相应的法律关系,回应社会生活的实际需要。二者之间,他更多地是在形式意义上适用法律渊源的概念。这也与今天我们的理解相同。⁽¹⁴⁾

惹尼认为:首先需要探讨的是,立法者到底是否应该意识到存在某种立法方法,并忠实地加以遵循,还是简单地依赖本能所给出宽泛建议或依据传统所得出的不确定指示,以从中找出最能到达其目的的途径?就法国民法典的经验来看,让人不免犹疑:因为民法典的起草人并没有对立法技术问题进行特别多的考虑,但却从自己过去的经验中成功地找到了对其作品的成功所不可或缺的那些要素。不过,惹尼指出,对采取经过深思熟虑的立法技术的优越性,人们应该没有什么理由来加以反对。⁽¹⁵⁾

惹尼对法国民法典的立法技术进行了回顾和总结。就法国民法典,惹尼认为其起草者体现了一种典型的“古典主义”(classicisme):统一、简洁和明晰;起草者展现出他们作为法律实务家的丰富经验,采取了一种尽可能让大众理解的平实语言,并且丝毫没有去规定一切和预见一切的企图心。在惹尼看来,1804年法国民法典在立法技术上最为杰出的成就是:在没有预先设计好章法的前提下,起草者却以其精妙的手法,采取了一种平实和人性化的立法语言,深受民众和法学家们的喜爱;民法典向他们传递了最为朴实和最为丰富的法律理念。⁽¹⁶⁾

(二) 当代民法典的立法技术

惹尼还对当时诞生不久的两部重要民法典文本——1896年德国民法典和1902年的瑞士民法典草案——进行了深入的比较分析。关于德国民法典,惹尼认为其众多规范之间具有逻辑一致性、同质性和精确性。德国民法典的起草者刻意避免“使用数个不同的语词来指称同一概念,或者使用同一语词来指称数个不同的概念”。因此,“1896年德国民法典为我们呈现了一种法律语言专门化方面的一

(11) Gaetano Filangieri, *Œuvre*, vol. 1, Paris, 1822, p. 89.

(12) François Gény, «La technique législative dans la codification civile moderne dans le code civil», in *Livre du centenaire*, 1804 - 1904, Dalloz, 2004, p. 989 - 1038.

(13) François Gény, *ibid.*, p. 994.

(14) François Gény, *ibid.*, p. 995.

(15) François Gény, *ibid.*, p. 1019.

(16) François Gény, *ibid.*, p. 1014.

种特别精心的尝试,其目的在于在最大限度上保障人们基于法典化的立法对安全的实际生活的期待”。由此,德国民法典具有高度抽象的趋势,其条文具有严格逻辑化的构造,概念具有精确性,句法具有同质性,法典的术语概念体系显得十分单调。总之,德国民法典是一个严格规范的作品,除了它为法律解释所作的贡献外,其整体的立法技术产生了一种独特的方法论,因此,它给人以僵化、刻板和高度逻辑性的印象。由此,一些人为之所强烈吸引,而另一些人则不以为然。⁽¹⁷⁾

对于瑞士民法典草案,惹尼这样形象地说:“如果说德国民法典代表着一种艰涩、精密和教义化的立法技术,希冀将全部的实定法置于普罗克鲁斯特之床;那么胡贝尔教授的瑞士民法典草案则正好相反,采取了一种灵活、富于变化、富有弹性的方法,其用语更宽泛、更人性化。这也展现出起草者对立法能力的某种保留。”⁽¹⁸⁾胡贝尔教授曾经表示,立法者若取消司法者全部的自由裁量权,这没有任何好处。根据法律条文的宽泛特点和社会公德的要求,法官的裁量在法律执行期间可以随时代的发展而相应地发生变化。在立法者制定一部法律后,如果不修改法律的情况下,法官无法根据时代观念的发展而对法律作出与时俱进的适用,这显然是一个错误。⁽¹⁹⁾

惹尼在其长文的结尾,对法典化的立法技术问题提出了以下六点建议:

第一,当代的立法者应该避免在立法中确立某些理论思想,或者对学理上的某些概念之争作出裁断。立法者的任务只应制定具有实际效果的法律规范。

第二,尽管立法者应该避免过度抽象——这在大多数情况下基本上没有什么用处,立法还是应该保留一定程度的一般性。立法者的角色不是进行纯粹的决疑论,它应该规定一些具有足够灵活性的规范,以囊括具有共性的各种具体情形。

第三,立法只有以清晰和体现时代精神的语言,深刻地反应社会现实,才可能真正受到民众的欢迎。

第四,法律术语的界定不能一味以追求教义学意义上的准确作为目的,而应该具有确立法律概念的外延的能力,以明确法律规范的适用范围。

第五,立法应采取最为合适的语法形式,确保同一术语在法典中具有相同的涵义,即使这样做会使得法律措辞在形式上显得单调;要避免法官基于不同的具体环境而具有不同的理解。

第六,立法技术正是通过术语的确定和明晰才得以发展;当然,术语到底应确定和明确到何种程度,这还有可讨论的余地。如果立法者希望为某一特定的法律概念赋予区别于其他范畴的特殊含义,它必须采取对该范畴进行特别界定的方式,而且在使用中必须确保其始终具有相同的含义。⁽²⁰⁾

惹尼所给出的上述结论,在总体上继承了孟德斯鸠和波塔利斯关于立法技术的思想,尤其区分立法与法学研究、立法的简洁易懂等主张;⁽²¹⁾在此基础上,他并结合20世纪初民法法典化的最新发展,做出了一些新的思考和分析,譬如,法典概念和术语的准确性,反对无用的过分抽象。惹尼在一个多世纪前所给出的这些建议,在今天读来仍然具有很强的现实意义,对我们的当代民法典编纂仍然具有某些启示价值。

(17) François Gény, *ibid.*, pp. 1025 - 1027.

(18) François Gény, *ibid.*, pp. 1031 - 1032.

(19) François Gény, *ibid.*, pp. 1031 - 1032.

(20) François Gény, *ibid.*, pp. 1037.

(21) 石佳友《法典化的智慧——波塔利斯、法哲学与中国民法法典化》,载《中国人民大学学报》2015年第6期,第96页。

二、民法典的语体与行文

惹尼关于法典化立法技术的上述分析与结论,与当代的理论和实践并无二致:法律所要求的安全、可预见性和具有内在一致性,要求法律文本必须具有清晰、简洁和明确等特点。例如,当代的各类立法指引都明确要求“法律草案应当清晰、简洁、语法正确……必须严格遵守断句的规则。这些规则在法律上具有非常重要的意义。”⁽²²⁾

(一) 写给谁看的民法典

要真正落实民法典编纂的前述要求,首先必须要回答一个问题:民法典到底是写给谁看的?这是立法的一个根本性的方向问题。⁽²³⁾ 欧根·胡贝尔对此有着十分精深的理解,他所发展出的瑞士民法典的起草原则成为现代立法学的渊源。十分难得的是,其时1896年德国民法典刚刚诞生并赢得了诸多好评,而欧根·胡贝尔则选择了明显不同于德国民法典的风格。因为在他看来,瑞士民法典应该是一部“人民的立法”,不是为法官或法学家所写,而是为所有公民所写。因此,民法典应该具有简单易懂的特点。“当代法律的目的并非只是为了告知法官在未来如何断案。法律针对它管辖范围内的所有人。由此,只要情况允许,立法者的命令就应当让每个人明白;或者,至少应让所涉及行业的相关人士未来易于熟悉法律。法律应当让普通人明白其含义,当然这并不妨碍专家可以得出比普通人更为宽广或更为深入的理解。这就是我们所说的人民立法的含义。”⁽²⁴⁾

其实,早在18世纪中期孟德斯鸠就已在其名著《论法的精神》中对立法者进行了谆谆教导:“法律的文风应该简约。法律的文风应该朴实,平铺直叙永远比拐弯抹角好……在一部法律之中,如果已经详细确定事物的相关概念,那么就不要再诉诸于一些空泛的表述。在法律中,应该采取从现实到现实的推理方式,而非是从现实到想象,或者从想象到现实。法律的用词要做到让所有的人都理解为相同的概念。法律不能让人难以捉摸,而应该能为普通人所理解。法律不是高深的逻辑艺术,而是一位良家父的简单道理。在一部法律中,如果不需要设定例外、限制或者修正,那么最好就不要设置。同样的规定应该适用于同样的情况。”⁽²⁵⁾ 这就是说,法典中必须区分“那些有可能和必要向一切人解释清楚的东西和那些必须使用严谨用语的东西”。法律措辞“是某种特殊语言的独特应用”,它要使“公民和法学家喜欢最为平实和最为丰富的法律思想”⁽²⁶⁾。

有鉴于此,法律简化应该是法典化的主要目标之一,法国民法典就是这方面的典范。法国民法典被公认为行文简洁自然,措辞明晰,很多条款具有哲学命题式的美感:优雅、准确和简明。⁽²⁷⁾ 按照Albert Sorel的论断,法国民法典“避免了一切超验式的用语:它丝毫不追求崇高;它是针对普通的法国人以及他们普通的社会生活。这是一个充满乡土气息的产物,这就是为什么它从法兰西的大树上发

(22) Circulaire du 30 janvier 1997 relative aux règles d'élaboration de signature et de publication des textes au Journal Officiel et à la mise en œuvre de procédures particulières incombant au Premier Ministre.

(23) 石宏、郭锋、王轶、石佳友《〈民法总则〉立法纵览与适用前瞻》,载《中国法律评论》2017年第3期,第7页。

(24) Eugène Huber, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Berne, 1901, p. 10.

(25) [法]孟德斯鸠《论法的精神》上卷,许明龙译,商务印书馆2014年版,第693-695页。令人不感觉意外的是,惹尼在其《当代民法法典化的立法技术》一文中也详细引用了孟德斯鸠的这些告诫。François Géný, «La technique législative dans la codification civile moderne», *op. cit.*, p. 1006.

(26) Stéphanie Guy, «La codification: une utopie?», in *Revue française de droit constitutionnel*, 1996, vol. 26, p. 308.

(27) V. Lassere - Kiesow, «Les éditions du Code civil», in *Le Code civil, 1804 - 2004: Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 139.

芽、自法兰西土地上汲取养分,并在法兰西大地上开花结果的原因所在”。⁽²⁸⁾正因为如此,司汤达尔曾这样写道“在创作小说《夏尔特修道院》的过程中,“我每天早上起床后都要读两到三页的民法典条文,以使得小说的行文保持自然化。”⁽²⁹⁾这也是法律史上的佳话,是法律与文学之间存在密切联系的经典实例。不过,法国民法典在其诞生后,历经不同时期的立法者增删修订,很多条文后来也变得面目全非。由此,1917年,法国著名法学家 Henri Capitant 曾这样感慨“民法典以一种简单、明确的语言写就,每一个标点都精心设计,部分条文分成很短和数量很少的款,容易阅读和理解,即便对于非法律人士也是如此。清晰、明确、简洁、节制,这些正是法国民法典的杰出成就,且从未被超越。然而,我们民法典这些优点正在消失,这主要归咎于当代的立法者。20多年来,议会在民法的许多领域尤其是家庭法制定了不少立法,这些法律均被纳入民法典之中,而它们未经充分的准备与论证。这些法律是如此的不完善,以至于它们损害了民法典这座立法丰碑,如同未考虑主体建筑的美观与和谐而擅自增加的拙劣的附属建筑物一样。”⁽³⁰⁾

这些充分说明,如何让民法典保持“接地气”和“乡土气息”,需要立法者持之以恒地在立法的语体上下功夫。“关于语体(langage)类型,古典分析常常将其区分为大众语体(包括行话)、俗语、刻意修饰的语体和文学语体。显而易见,法律行文的语体既非大众语体,亦非俗语或者文学语体(即便是对法律文本的研究会得出具有文学价值的研究成果)。它更接近于一种刻意讲究的通用性语体(langage courant),当然它也具有一些自身的独特性。”⁽³¹⁾按照 Cornu 教授的论断,法律语体来自于自然语言并受其滋养。法律语体并不是一种语言,而只是某些习惯性用语的特殊用法。“如果说其中引入了词汇和表述方式上的一些特殊印记,那是因为它从日程语言之中汲取了源泉、微妙差异、论述方式、内涵的网络甚至沉默——因为其沉默立足于其所暗指的言下之意(如果我们可以说书写的艺术也是沉默的艺术)。”⁽³²⁾

(二)《民法总则》的措辞与行文

基于同样的考虑,前引我国《立法法》第6条规定“法律规范应当明确、具体,具有针对性和可执行性。”其中,“明确”是指立法用语本身应当清晰不含糊,“具体”是指法律规范的内容明晰,所规定的权利义务清楚;而具有可针对性和可执行性则是指立法具有明确的指向和可操作性。我国立法向来也具有简洁易懂的特点。然而,就此而言,《民法总则》某些条款的行文风格,确实值得商榷。

我们不妨以《民法总则》第153条第1款的规定为例;该款曾经一波三折,最后才写入立法,因此备受关注;然而,立法最后的措辞与此前的司法解释和前三次审议稿的表述却大相径庭。该款规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”显然,立法最后的措辞明显偏离了2009年《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条的表述。从字面来看,立法明显是抛弃了司法解释的“效力性强制性规定”的表述,其文义意思似乎是“无效为原则,有效为例外”,但究竟应如何看待这一重大变化?

在笔者看来,必须承认的是:司法解释将强制性规范区分为“效力性强制性规范”和“管理性强制性规范”的确引发了不少问题。这些问题包括:

其一,效力性强制性规范与管理性强制性规范的区分,涉及到公法规范的识别定性,而公法规范

(28) Albert Sorel, « Introduction », in *Le Code civil, 1804 - 1904 : Livre du Centenaire*, op. cit., p. 32.

(29) A. Teissier - Ensminger, *La fortune esthétique du Code civil des Français*, Paris : Le Mémoire du Droit, 2004, p. 85.

(30) Henri Capitant, « Comment on fait les lois aujourd'hui », in *Revue politique et parlementaire*, 1917, vol. 91, p. 305.

(31) Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e édition, Montchrestien, 2005, p. 317.

(32) Gérard Cornu, « L'art d'écrire la loi », op. cit., p. 7.

的识别本身是一个公法行为;若由民事法官对公法规范的性质进行判断和区分,存在着合法性不足的问题。特别是位居最低层级的民事法官都可以对中央立法和行政机关的法律法规进行定性,这对宪政秩序无疑是一个挑战。从比较法的经验来看,基层法官和上诉法官负责“事实”问题,而最高法院的法官负责审理“法律”问题;对强制性公法规范进行定性,无疑属于法律问题,将此问题交给负责事实问题的基层法官去处理,显然不妥。

其二,法律和法规中存在无以计数的强制性规范,如何能确保对这些规范的定性准确以及标准统一,显然是一个巨大的挑战;很多时候,区分到底是效力性规范还是管理性规范,类似于一个经院哲学式的难题。一方面,“效力性规定”和“管理性规定”的二分并不构成对与任意规范相对之强制规范的封闭式分类,⁽³³⁾有一些强制性规范难以硬性归入效力性规范或者是管理性规范。另一方面,“效力性规定”和“管理性规定”本身均欠缺严谨的界定。按照通说,所谓效力性规范是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规范,或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效,但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规范。这一定义存在明显的同义反复和循环论证的缺陷。

有鉴于此,立法对司法解释中“效力性强制性规范”表述进行调整,确有必要。⁽³⁴⁾但是,前引《民法总则》第153条第1款规定的措辞显然不理想。其一,该条款前半段首先宣告“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”,给人的感觉是:所有违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为,均统统无效;然后,后半段的但书条款马上又宣称“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”,这样的表述对于没有法律知识的一般人而言,明显类似于自相矛盾,不知所云:前边说了违反强行法的行为无效,后边又说强行法不导致无效的,行为可以有效。这种措辞显然令人费解。

此外,这种原则无效、例外有效的措辞,与民法的私法属性和私法自治精神难以契合。更为合适的措辞应该是原则有效、例外无效。照此逻辑,该条款更理想的表述是“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为,仅在该强制性规定导致其违反后果为无效时,方为无效。”

其三,该条款最大的缺陷是意义含混,缺乏可操作性。该条款的但书宣称:如“强制性规定不导致民事法律行为无效的”,则行为有效;然而,该条款就何种“强制性规定不导致民事法律行为无效”,却没有给出任何的标准;法官和民众自始至终都无法了解:究竟是哪些强制性规定“不导致”民事法律行为无效?就此而言,法国2016年改革后的新债法的规定明显比《民法总则》第153条的模糊处理要好得多:改革后的法国民法典第1179条规定“因违反保护公共利益为目的之规范所导致的无效为绝对无效;因违反仅以保护私人利益为目的之规范而导致的无效为相对无效。”这被认为是吸收了现代的合同无效理论,以及最新判例的成果。根据新的“保护利益”原则,如果所违反的规范仅出于保护某些特定当事人的利益(例如,行为能力规范、保护性规范、保护某些出让人利益的规范),合同一般不能认定为绝对无效。⁽³⁵⁾未来在将《民法总则》纳入民法典之中时,应对第153条第1款的措辞进行修订。

另外,《民法总则》第122条关于不当得利的规定在行文上也值得推敲。该条规定“因他人没有法律根据,取得不当利益,受损失的人有权请求其返还不当利益。”该条来源于1986年《民法通则》第92条“没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。”。

(33) 姚明斌《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨——以〈合同法解释二〉第14条的实务进展为中心》,载《中外法学》2016年第5期,第1268页。

(34) 石佳友《我国〈民法总则〉的颁行与民法典合同编的编订——从民事法律行为制度看我国〈合同法〉相关规则的完善》,载《政治与法律》2017年第7期,第11页。

(35) Muriel Fabre - Magnan, *Droit des obligations, I - Contrat et engagement unilatéral*, Paris: PUF, 2017, pp. 506 - 507.

《民法总则》在措辞上的一个重大变化是明确了“因他人没有法律根据”而取得不当利益。然而,此处“他人”的用法颇为突兀和诧异,在没有“本人”的语境下,该条上来就直接提到“他人”,一般人确实难以理解此“他人”系何人?从体系解释的角度来看,该“他人”是指得利者,是相对于后文的“受损失的人”所言,也是后文代词“其”的指代对象。由于得利有可能源自本人的行为、受损者的行为、第三人的行为或是自然力所造成,得利者确实不能一概用“行为人”一词来指代。然而,在汉语中,“他人”是相对于本人、相对于自我而言的范畴,与后文的“受损失的人”并不能形成逻辑对应关系,因此,上述行文的表述难免显得不自然,甚至令人费解;建议不如将“他人”的措辞改为“民事主体”。

三、民法典的简约原则与节制精神

波塔利斯曾说“法律并不是纯粹充斥着强制力的律令,它浸透着智慧、正义和理性。”这是受到孟德斯鸠思想的启发;孟德斯鸠在《论法的精神》中写道:法律并非是纯粹只充斥着公权力的律令。波塔利斯所说的三者之中,“智慧”是对经验的尊重,表现为一种务实主义的态度,不能盲目革新,必须反对教条主义;民法典不可能是与旧的法律传统完全决裂的革命性作品,所以波塔利斯说,民法典是成文法与习惯法两种法律传统相互折中和妥协的产物。其次,立法者的智慧也表现为对于简约与复杂辩证性关系的精妙掌握,法律应该尽可能的简单、清晰和精炼;对简单与复杂辩证关系的处理本身也体现出立法者的务实主义精神。法典的“正义”则表现为对于源自于自然法的正义、公平等基本价值的永恒追求。而法典化的“理性”则表现为对于过度的避免和立法的谦卑与节制。孟德斯鸠在《论法的精神》中写下了广为引用的著名论断“我这么认为——而且在我看来,我写这本书的目的就是为了证明:节制精神应当是立法者的精神……道德上的善和政治上的善一样,始终处于两极之间。”波塔利斯显然对此深为认同,他在关于民法典草案的说明中直接引用了这一论断。在他看来,立法者的理性应该是避免过度行为。法典不能是抽象的理性建构,而是要适用于所有人的具体规则。从这个意义上说,法典的起草者如果意识到其所立法的作为空间和限制,必然采取某种节制精神。⁽³⁶⁾

这就是说,民法典的起草者应该遵循立法的简约精神,保持立法节制。欧根·胡贝尔曾十分精辟地指出“没有什么比将法律的格言浓缩为一些清晰和简洁的原则的艺术,对于法律的简化更有意义。”⁽³⁷⁾从这个角度来看,《民法总则》中有相当的条文,与这一精神其实并不相契合。

(一) 大量的定义

中国立法者明显偏好定义,《民法总则》中有大量的定义条款,譬如,第57条关于法人的定义;第67条关于营利法人的定义;第87条关于非营利法人的定义;第96条关于特别法人的定义;第102条关于非法人组织的定义;第114条关于物权的定义;第118条关于债权的定义;第123条关于知识产权的定义;第133条关于民事法律行为的定义,等等。这使得立法具有浓厚的教科书色彩。立法中充斥着大量的定义,这样的做法可能引发一些问题。

首先,这会混淆立法与学理之间的界限,定义在本质上属于法学教育和研究的范畴。波塔利斯曾经说“我们认为,区分法学和立法是明智的……一切定义、教育、学说等,都属于法律科学的范畴;一切严格意义上的命令,都属于法律的范畴。”正是基于对立法和学理的区分,1800年法国民法典“序

(36) 同注21引文,第98页。

(37) Eugène Huber, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Berne, 1901, p. 8.

编”草案曾规定“立法的第一效果是终结一切理论推演,就其所规定的事项提供确定性。”⁽³⁸⁾立法是主权者的命令,其关键要求在于提供确定性;而定义是属于学理研究的范畴;在一些情况下,某些定义还容易引发理论争议,导致不确定性,损害法律的安全。

其次,在一般情况下,定义有助于明确概念的内涵和外延;但是,在一些情况下,由于立法对关键概念范畴的定义过于明确和具体,反而可能限制法律的发展,阻碍法官对这些概念范畴进行与时俱进的演进性解释和适用。惹尼强调,一方面,民法典的用语需要明确具体,不能使用过于抽象的概念体系,影响法律主体对于法律的理解;另一方面,民法典需要保持不确定性和开放性,譬如,对第三人、过错等概念应保持开放性,而不应设定封闭式的定义限制。这种立法技术也被惹尼称之为“放任式技术”(laisser - aller technique)。⁽³⁹⁾

第三,某些法律范畴和概念是法律历经数个世纪甚至数千年的发展而形成的常识。对这些范畴和概念的本质要素和适用范围等,法学界已经有公认的共识。对这些概念的定义并无必要性;这些定义条款成为法典中“正确的废话”。

(二) 列举与决疑论倾向

中国立法者也偏好列举。2009年《侵权责任法》第2条对侵权法保护客体一口气列举了18种“民事权益”,如此“大手笔”实为世所罕见!在该法第十章“饲养动物损害责任”中,立法者又不厌其烦地将“动物”区分为“禁止饲养的烈性犬等危险动物”(第80条)、“动物园的动物”(第81条)、“遗弃、逃逸的动物”(第82条)等,其耐心细致程度不能不令人感佩!

2017年《民法总则》延续了立法者一贯的耐心细致的列举风格。譬如,第2条规定“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”该条是关于民法调整对象的规定,确实意义重大;但该条没有采纳后文中多次使用的“民事主体”的概念,而是将其具体展开列举为“自然人、法人和非法人组织”三种类型。此种列举,似乎并无必要。而且,展开后“非法人组织之间的人身关系”的表述,让人感觉难免诧异。“非法人组织”的提法本来就不无争议,而“非法人组织之间的人身关系”的措辞则更容易引人误解——尽管“非法人组织”可以享有部分人格权。

再如,《民法总则》第128条规定“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的,依照其规定。”该条规定的意图很清楚:如果其他单行法对特定群体的民事权利设有特殊规定,则应该适用这些特别法的规则。但是,立法详细列举了这些特别群体的类型:未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等;到底有无必要不免令人生疑。一方面,既然“等”字表明是非封闭式列举,之前详细的列举到底有多大必要?另一方面,民法典作为整个私法部门的基础性法典,其普通法的统一适用地位毋庸置疑;而当代法律基于特定的立法政策,对于未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等特殊群体予以特殊的法律地位和法律保护,固然有其必要性和合理性;然而,此类基于特定身份的立法,也是典型的“社群主义模式”,极易损害民法典的基本法地位,助长对民法典的“点菜式”适用,导致一个“四分五裂的民法典”。⁽⁴⁰⁾显然,从维护民法典作为私法部门的基本法的角度来看,应在民法典中尽量减少对于此类特殊群体的特别法的列举和援引。

《民法总则》中还存在其他的详尽列举条款。譬如,第123条第2款对知识产权的客体进行了列

(38) 同注21引文,第96页。

(39) François Gény, *op. cit.*, p. 1017. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in J. - E. - M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 42.

(40) 让-保罗·让、让-皮埃尔·鲁瓦耶《民法典:从政治意志到社会需要——两个世纪以来的评估》,石佳友译,载《法学家》2004年第2期,第14页。

举“知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利: (一) 作品; (二) 发明、实用新型、外观设计; (三) 商标; (四) 地理标志; (五) 商业秘密; (六) 集成电路布图设计; (七) 植物新品种; (八) 法律规定的其他客体。”民事权利体系包括知识产权, 因此, 《民法总则》应该对知识产权作为民事权利的一种类型作出规定, 此点并无争议。但是, 《民法总则》是否有必要如此详细地去一一列举知识产权的权利客体, 则颇值得商榷。此种列举的风险在于: 一方面, 立法列举无论如何详尽, 都难免挂一漏万, 毕竟立法者的预见能力是有限的, 不可能在立法的当时完备无遗地精准预见未来的一切情况。另一方面, 知识产权十分富有演进性, 随着科学技术的发展而可能不断出现变化; 因此, 上述基于现有知识产权单行法的规定而作出的列举, 很可能在民法典颁布之后不久就变得过时, 不再具有现实价值。譬如, 关于集成电路布图设计, 由于科技的飞速进步, 据说美国等发达国家已经开始改变立法和实践, 不再给予过去那样的法律保护。这对我们立法的前瞻性显然是一个警示。实际上, 对于一些新的领域, 本身就应交由特别法去规定; 民法典只适合对那些成熟和经历了时间考验的制度作出规定, 以避免民法典未来经常发生修订, 从而保持民法典的稳定性和严肃性。这就是说, 法典化只适合那些稳定的规范, 即未来发生变动的可能性比较小的规范。⁽⁴¹⁾

正因为如此, 欧根·胡贝尔在解释为何瑞士民法典没有将知识产权纳入其中的理由时这样说: “一项人为的制度如果在我们的国土上已经得以适应, 并被实践证明是良好的, 那么就应该在未来的民法典中给予它应有的地位, 除非有重大的理由必须排除它……一部民法典原则上应该覆盖整个私法。但是, 也必须承认这个原则也有例外。民法典草案就有很多这方面的例子。这些例外首先涉及民法领域目前尚在生效的诸多联邦单行法……譬如, 著作权、商标、专利、保险合同等均被排除在民法典草案之外; 对瑞士债法典所排除的领域亦是如此。这主要涉及一些相对新的领域, 其中具有稳定性价值的方案尚不存在, 仍然处于不断的发展变化之中。这些领域更适合交由单行法去调整, 而非置于一部完整的法典之中。此外, 这些领域的规范无法按照私法的相同方法去加以厘清, 后者历经数个世纪的经验积累, 其规则已经具有确定的终极形式。”⁽⁴²⁾

当然, 列举模式有其功用: 通过详细列举, 有助于明确法律规范的适用范围; 有助于法官的解释, 通过举一反三, 将法律规定从列举的情形类推至其他未列举的情形。但是, 过度的详细列举则既无必要, 甚至还有害处: 首先, 如前所述, 列举无论多么详尽细致, 都难免挂一漏万, 因为立法者在某一特定时刻的预见能力毕竟是有限的。法典化的艺术在很大程度上取决于起草者的“综合”能力和判断力所能达到的高度。按照 Cornu 教授的论断, 立法意味着“构想的艺术、摄取本质的能力、涵盖其他的冲动, 恰如立法的天赋会产生法律的特殊语体, 法律的高度使其能以很少的语词表达许多内容。由此, 立法如同格言, 简约原则既是智慧的产物, 也是书写的规则”⁽⁴³⁾

其次, 过分详尽的列举, 对法官的解释可能不但没有帮助, 反而会产生负面影响。譬如, 前引《侵权责任法》第 2 条的 18 种保护客体的列举, 可能会抑制法官以侵权责任制度来创设主观权利的积极性, 因为法官会顾虑到立法已经作了如此详尽的列举, 这样的立法列举尽管不是封闭式列举, 法官也不敢轻易再在此之外创设新的主观权利类型。这样最终会减损侵权法对社会转型的积极调整和促进功能。

(41) Alexandre Flückiger & Jean - Daniel Delley, «L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique», *op. cit.*, p. 131.

(42) Conseil fédéral suisse, «Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse», in *Feuille fédérale*, 1904, vol. IV, n°24, p. 10 s.

(43) Gérard Cornu, «L'art d'écrire la loi», *op. cit.*, p. 8.

第三,民法典中过分详尽的列举,混淆了立法与司法的不同职能,侵害了法官的法律解释权限,也损害了民法典本身的基本法形象和地位。波塔利斯说,立法有其科学,法官的司法行为同样也有其科学规律;二者并不相同。立法科学的目的在于在每个法律部门中,寻找最有利于公共利益的原则;而司法科学的目的则在于法官通过明智和理性的适用,将这些原则付诸实施,对其进行区分、扩展,适用于私人的不同情形。当法律没有规定的时候,应该研究法律的精神;不能冒着这样的风险:时而如奴隶般对法律进行机械适用,时而背离法律,或者以服从的精神来背叛法律。⁽⁴⁴⁾

第四,过分的列举是典型的决疑论技术,是法律技术不发达时期为防止司法恣意的产物,其存在只能说明法律解释技术的落后。波塔利斯曾意味深长地指出,法律的使命是“高瞻远瞩地确定法律的一般公理,确定由此导出的、具有丰富内涵的原则,而不能降格为去规定每一事项所可能产生的问题的细节”。惹尼也强调,立法者应该在“贫乏的抽象”和“令人失望的决疑论”之间进行折衷。⁽⁴⁵⁾一部高质量的法典不应该包含有大量的决疑论式的列举。

(三) 冗余性条款

如前所述,法典化的智慧很大程度上在于其节制精神、对于过度的避免和立法的谦卑与节制。这种立法的节制精神的重要表现是立法者的自我谦抑与克制,避免立法的过度行为。民法典在整体上的条文简洁,就是这方面的重要表现。以瑞士民法典为例,欧根·胡贝尔就十分精辟地指出:“如果我们看一眼我们的民法典草案,最富有原创性的外在特点是:它什么都说了,却十分简洁。这种简洁并非是一种陷阱。对于条文较少的情况,我们并没有采取使得条文变长的方式,如同其他民法典的做法那样。瑞士民法典的草案很简短,相对来说和绝对来说都是如此。很容易预期:对法律的学习和适用将会比较容易。”⁽⁴⁶⁾为了保持条文的简洁,瑞士民法典避免了写入过于冗长的条文。欧根·胡贝尔曾说:“对于每个条文,我们从来不会设置三款以上的规定。每一款通常只有一个句子;它们的行文都很简洁,以使得对于一个即便是很少查询法律的人在第一眼也能明白法律的内容。条文进行次级分类的情况极为罕见,任何条文都不会细分为数个句子。由此,我们获得了一种简便的指引,我们得以简化引用。”⁽⁴⁷⁾

这种条文的简约尤其要求立法者删除法典中的冗余性条款。很多人认为,民法典中保留一些“无害条款”其实并无关系。孟德斯鸠说:“如同无用的法律削弱了必要的法律的效果一样,那些应该避免的法律也损害了立法的效果。”受此启发,波塔利斯说,“不可制定无用的法律,它们会损害那些必要的法律”;不可忘记的是,“管得太多就会管得太糟”。⁽⁴⁸⁾

如同以往的立法一样,《民法总则》中不乏这样的“无害条款”。譬如,第3条规定了民事权益保护原则,⁽⁴⁹⁾此类所谓“保护原则”是中国立法的一大特色:例如,2007年《物权法》第4条设定了所谓

(44) Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in J. - E. - M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 42.

(45) François Gény, *op. cit.*, p. 1014.

(46) Eugène Huber, *Code civil suisse: Exposé des motifs*, Berne, 1901, p. 17.

(47) Eugène Huber, *ibid.*, p. 12.

(48) 同注21引文,第98-99页。

(49) 部分学者将第3条解释为所谓的“私权神圣原则”,其实并不妥当;如果立法真要确定所谓私权神圣原则,应当以宪法性文件来确认。譬如,在法国,所有权被确认为不可侵犯和神圣(*inviolable et sacré*)的权利,是由1789年法国《人权宣言》第17条所宣告的,因为保护和侵害私权的主体都是国家公权力机构;民事法律本身并没有这样的效力,不适宜直接给国家设定义务,因而难以承载这样的“宏大使命”;第3条后半段所称的“任何组织或者个人”显然更多的是指私法主体(自然人、法人、非法人组织等),而不包含政治国家。

“物权保护”原则;2009年《侵权责任法》第2条设定了所谓“侵害民事权益应承担赔偿责任原则”。让人疑惑的是,此类“保护条款”除了在形式上的宣示意义之外,到底有多大实益,值得讨论;至少,此类规范在裁判上没有太大的意义,法官很难直接援引此类条款单独作为裁判依据来裁断案件。另外,从必要性来说,此类条款似乎也存在问题:如果不加以规定,是否就会导致“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益”不能受到法律保护、他人或组织就可以随意加以侵犯的结果?显然不是!

同理,《民法总则》第4条规定了民事主体地位平等原则;法律地位的平等本身也意味着法律待遇的平等,禁止给予差别性歧视待遇。在这样的背景下,第123条的规定“民事主体的财产权利受法律平等保护”)显然属于画蛇添足。第5条规定了民事主体从事民事活动的自愿原则,并强调其“按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”。而第130条又规定“民事主体按照自己的意愿依法行使民事权利,不受干涉”,让人费解“按照自己的意思”与“按照自己的意愿”、“不受干涉”之间,到底存在着什么差别?类似的情形还有:第7条规定了诚信原则,第132条规定了禁止权利滥用原则;而第131条又特别规定“民事主体行使权利时,应当履行法律规定的和当事人约定的义务”。这是否意味着中国立法者认为诚信原则不能涵盖“享有权利必须履行义务”这一内涵,所以需要后者特别作出规定?

这类冗余性的“无害条款”其实并非真的完全“无害”;如同波塔利斯所言,“它们会损害那些必要的法律”。一方面,立法条文本本身是一种宝贵的资源,这种资源应该留给最具有必要性、必须由民法典加以规定的那些条文;法典中随意罗列一些仅具有政治宣示意义的冗余条文,本质上是对立法资源的一种浪费。另一方面,“过多的宣示性条款充斥于民法典文本之中,无疑会影响民法典的典雅、科学以及持久”⁽⁵⁰⁾。

四、民法典的规范设置

民法典作为私法领域的基本法,要求其具有普通法的地位,也就是说,在原则上,私法关系都应适用民法典的规范。在特别法规定有例外性规范的情况下,则应优先适用特别法的规范。在民法典中,对特别法的这种指引与协调,是通过援引这一立法技术实现的。另外,民法典的规范的主体是肯定性陈述规范;但是,在例外情况下,民法典的某些规范应采取否定性、禁止性的命令模式。

(一) 关于对特别法规范的援引与纳入

民法典是私法体系的“共同法”。1991年加拿大魁北克民法典“序言”第2款规定“民法典由调整相关事项的规则的整体所组成,这些条文的文字、精神或对象在其所调整事项的领域内,以明示或默示方式确立了其共同法(jus commune)。”⁽⁵¹⁾这就是说,在某一法律关系领域具备了完备性和内在一致性的法律文本,才可以称得上是法典。然而,这种完备性并不意味着民法典必须规定汇集的私法规范。在许多情况下,民法典可将许多事项交由特别法去加以规定,然后民法典就所涉事项直接指向和适用特别法即可。这就涉及到援引(renvoi)技术。援引是一项重要的立法技术。援引往往是以既有规范来解释一项新的规范;援引技术的本质目的是通过其他规范来确定某一规范的适用范围。在大多数情况下,援引是不可避免的,也是合乎需要的。从类型上看,援引可分为所谓内部援引和外部援引,前者是指同一法律文本之间不同条文的援引;而后者是指某一法律的条文援引了另一法律的

(50) 薛军《民法总则:背景、问题与展望》,载《华东政法大学学报》2017年第3期,第12页。

(51) Baudouin & Renaud, *Code civil du Québec* 2008/2009, Wilson & Lafleur, 2008, p. 2.

条文。

援引这一立法技术可以通过参考其他的规范,来确定新规范的适用领域和内容,减少法律的不确定性,以及针对同类情况的法律规范的并列,它可以避免法律进行无用的重复。援引意味着规范的联合、不同领域法条的结合和文本之间的连接。援引现象的存在,本身也表明法律规范之间存在着内在的有机联系,其解读和解释都应该将相关的规范结合起来。大多数情况下,援引都反映出某种程度的具体化,说明了规范之间的补充性关系。“援引是一种保持立法协调的技术,具有积极和消极作用,它排除了本该适用的一些规范,转而指向了其他规范。它调整了具有相互补充关系之间的规范的适用问题……它经常用于解决普通法和特别法之间的关系,其存在表明了特别法优于普通法。”⁽⁵²⁾这就是说,援引本身通常表明援引规范和被援引规范之间的普通法和特别法关系。“法律对例外性规范的援引,是以一种方式说明了法典本身的基本地位……例外的艺术是在于突出原则。”⁽⁵³⁾

既然援引具有消极效应,并非只有百利而无一害,那么它必然要遵循一定的限制性规则。“援引的功能是清晰的,但是,只有它本身是简短、指向清晰和具有实质内容的时候,它才能发挥这样的功能。如果援引过分冗长、仅仅标注条文数字、抽象(没有指明事项)就蜕变为一种滥用,这时候它就仅仅沦为一种补充。援引是一种有用的权宜之计,但是必须要谨慎和以清晰方式加以适用。”⁽⁵⁴⁾为了充分发挥援引技术的积极功用,援引应遵循以下规则:

一是原则上援引只能指向同一层次的法律文本。这意味着,法律应尽量避免去援引行政法规的具体规定。

二是在形式上必须避免以下援引:被援引的规范再次指向了其他规范;在同一条文内部存在着多次援引“法律另有规定”式的一般性援引。⁽⁵⁵⁾这样的理由显然在于保持法律的简洁、清晰和易懂。欧根·胡贝尔这样解释道:“我们希望使得法典保持易懂性,至少每个条文单独拿出来也是易于理解的。为此,有必要尽可能地避免援引其他法律。如果援引是不可避免的,我们也不仅仅是指示条文的编号,而是通过一个清楚句子说明援引的内容……经验表明,援引如果仅指明其他条文的编号常常会给实践造成困难,因为这经常会给法官造成令人尴尬的法律漏洞或者错误。”⁽⁵⁶⁾

三是援引技术的使用必须要有节制。对其他法律规范的援引如果没有分寸,或者以过于系统化的方式进行大量援引,就有可能带来法律规范的易懂性和清晰性方面的问题。恰如有立法专家所指出的“如果缺乏足够的注意,一部法典中的援引的结构、内在一致性和准确性很快就会发生变化,其可读性会大幅降低……法典化所有的工作都可能付诸东流。”⁽⁵⁷⁾

就此而言,《民法总则》存在着援引泛滥、缺乏节制的倾向;立法者在其中设定了大量的援引条款。这些援引中,内部援引规范不多(如第47条、第108条、第204条等);大量的援引是对其他法律规范的援引,即所谓外部援引。从形式上看,在这些外部援引之中,条文中直接注明援引特别法规范“依照其规定”的“显性援引”规范尤其为数众多(共有22处)。譬如,第127条“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”第128条“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的,依照其规定。”第138条“无相对人的意思表示,表示完成时生效。

(52) Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e édition, Montchrestien, 2005, p. 304.

(53) Gérard Cornu, « L'art d'écrire la loi », *op. cit.*, p. 8.

(54) Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, p. 305.

(55) C. Bergeal, *Rédiger un texte normatif: Loi, décret, arrêté, circulaire...*, Berger - Levrault, 2009, p. 135 et s.

(56) Eugène Huber, *Code civil suisse: Exposé des motifs*, Berne, 1901, p. 13.

(57) Jean - Luc Warsmann, *Rapport sur la qualité et la simplification du droit*, La documentation française, 2009, p. 102.

法律另有规定的,依照其规定。”)第146条(“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。”)第179条(“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定。”)第188条(“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的,依照其规定。”)第198条(“法律对仲裁时效有规定的,依照其规定。”)等等。

而在条文没有直接注明援引其他法律规范,但其内容直接来源于其他法律规范的“隐性援引”也不在少数。譬如,《民法总则》关于老年监护的第33条,其实就直接来源于2015年修订后的《老年人权益保障法》第26条第1款,唯一的差别是前者明确“以书面形式”来确定监护。而《民法总则》中被许多学者誉为创新程度最高的第三章“法人”,其实在相当程度上只是对其他特别法规范的大量援引和纳入。据统计,第一节“一般规定”的19个条款中,有13个条款来源于《公司法》;第二节“营利法人”共11个条款,分别对应于《公司法》的16个条文。在整体上可以认为,《民法总则》中“营利法人”部分的条款基本上是对《公司法》的援引和纳入。譬如,《民法总则》第83条关于“刺破法人面纱”的规定,显然来自于《公司法》第20条;《民法总则》第84条关于关联关系的规定,来自于《公司法》第21条;《民法总则》第85条关于申请法院撤销决议的规定,源自《公司法》第22条;《民法总则》第86条关于社会责任的规定,则源于《公司法》第5条的规定。《民法总则》还直接纳入了属于民法典分则部门的部分条文,譬如,《民法总则》第114条关于物权的定义和类型的规定、第115条关于物权客体的规定,就直接取自《物权法》第2条;《民法总则》第116条的物权法定原则,则无疑是《物权法》第5条的翻版。

《民法总则》对其他法律的大量援引,在立法技术上至少会带来以下问题:大量的“依照其规定”式的“显性援引”,几乎无一例外地都没有交代清楚具体依照哪部法律的规定;在一些情况下,“依照其规定”、“依照有关法律的规定”的笼统措辞由于指向不明,使得法律主体不知所云(例如,第71条规定“法人的清算程序和清算组织权,依照有关法律的规定。”第146条第2款规定“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。”) ;而更为严重的是,在某些情况下,所援引的(依照其)规定根本就不存在。例如,《民法总则》第127条规定“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”实际上,目前并没有哪一部法律对数据、网络虚拟财产作出具体规定。这就使得这些援引成为没有具体规范指向的空洞援引。

而对于《公司法》等民商事单行法的大量“隐性援引”,固然是将特别法中的某些制度上升为普通法的一般性制度(例如刺破法人面纱、法人的社会责任等),是特别法制度的一般化(*generalization*)。然而,从另一个侧面观察,也同样可以认为这是作为民法典这一基本法的“特别化”(*specialization*),说明民法典作为基本法的“射程”在缩小,其适用范围在变窄。《民法总则》中的“营利法人”,确实也基本上只能适用于公司这一形态,因为现实中,公司以外的其他营利法人类型极为罕有。这也从另一个角度促使我们反思《民法总则》作为民法典的开篇部分,专门规定“营利法人”以及“营利法人”和“非营利法人”基本分类的意义到底何在?如果某一项制度基本上只能适用于某一特别法上的情形,它是否有必要在民法典中加以规定?另外,从法律规范的协调角度来看,既然《民法总则》将《公司法》的某些制度直接“照单全收”;那么,作为特别法的《公司法》未来是否还有必要继续保留这些制度就是一个值得研究的问题。如果涉及到内容相同的条文,在《民法总则》已经有规定的情况下,为避免立法的重复,《公司法》不应再进行重复规定,而应删除相应的条款。对于《物权法》等民法典的分则内容亦是如此:鉴于《民法总则》已经将《物权法》中的部分条款全然照搬,则未来的民法典物权编不应再保留这些条文,以避免立法的重复。

从效果来看,作为私法基本法的民法典如大量援引其他法律规范,会引发多方面的负面效应:

其一,损害民法典的基本法的地位和形象。民法典作为私法的基本法,应该是私法关系最为重要的法律渊源;其他单行法只是作为民法典的补充;法典与单行法的关系,常常被类比为太阳及其行星系的模式。然而,民法典中如果大量充斥着援引性规范,则意味着民法典一般性规范的适用范围有限,存在着大量的例外情形,法典的“射程”明显在减弱。这显然有损于民法典基本法的地位与形象。从这个角度看,民法典大量援引特别法,会导致民法典基本地位的消解,促进单行法“微体系”的壮大,加速“去法典化”(decodification)的趋势。⁽⁵⁸⁾

其二,减损了法典化的价值和功用。法典如果大量地援引或者纳入单行法的规定,这使得法典化在相当程度上蜕变为某种形式的“汇编”,减损了法典化本身的创新性价值。诚然,“法典化就其精神而言,在很大程度上要遵循一种保守的逻辑”。⁽⁵⁹⁾波塔利斯也说过:“在立法领域应该尽量减少创新,因为,如果说理论可以告诉我们一种新制度所可能带来的好处,它却无法告知唯有实践才能发现的未来诸多弊端。”⁽⁶⁰⁾欧根·胡贝尔也有过类似的说法:“对于法典化,保守胜过革新。”⁽⁶¹⁾但是,法典化作为法律渊源理性化的手段,必然带有一定程度的革新;在近代以来,法典化更是作为法律现代化的最有效手段,实现法律的“更新换代”。究其原因,是因为民法典的特殊之处在于,“它不可能仅限于法律的汇编,而是对某一体系的规则进行法典化,以形成完整齐备的法律秩序”。⁽⁶²⁾从这样的使命出发,对特别法的大量援引显然使得民法典背离了法典化所应负有的使命。

其三,增加了主体寻找法律的困难,损害了法典的易懂性和可达性。法典化的本质是法律渊源的理性化(rationalization)。而引发这种理性化的根源,是法律渊源的“危机”,表现为立法膨胀极大地增加了主体找法的困难。一切法典化究其根源而言,都是对法律安全需要的技术性回应。⁽⁶³⁾如果作为法典化结果的民法典中,大量设置了援引其他法律规范的内容,则无疑会增加法律主体找法的难度,影响了民法典本身的易懂性和可达性。

(二) 肯定性规范与否定性规范的“错配”

《民法总则》还存在着肯定性规范与否定性规范的“错配”现象。有些条款尤其是确权性规范,本来该采用肯定性规范,立法最后却采用了否定性规范。譬如,第111条是所谓“个人信息权”的规定:“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”该条对获取他人个人信息要求“依法取得并确保信息安全”,并未明确个人对其信息控制权最为核心的权利:同意权。该条后半段两个“不得”,也是对信息收集和处理机构部分行为的禁止(非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,非法买卖、提供或者公开他人个人信息,而“非法买卖”的措辞则令人质疑是否存在对他人个人信息的“合法买卖”)。除了同意权未明确之外,作为个人信息权的基本内容,也统统未加规定,诸如,收集目的合法且明确,信息必要且相关,信息准确,信息更正权,许可使用权,

(58) 石佳友《民法法典化的方法论问题研究》,法律出版社2006年版,第12页。

(59) Alexandre Flückiger & Jean - Daniel Delley, «L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique», *op. cit.*, p. 130.

(60) Portalis, «Discours préliminaire sur le projet de Code civil», *op. cit.*, p. 45.

(61) Eugène Huber, *Code civil suisse : Exposé des motifs*, Berne, 1901, p. 5.

(62) Bruno Schmidlin, «Le mouvement des codifications en Europe : la formation du système du Code civil français», in Bénédicte Winiger et Jean - Philippe Dunand (dir.), *Le code civil français dans le droit européen*, *op. cit.*, p. 46.

(63) 石佳友《民法典的法律渊源体系——以〈民法总则〉第10条为例》,载《中国人民大学学报》2017年第4期,第13页。

信息存储期限限制权,信息泄露救济权,信息删除请求权,等等。⁽⁶⁴⁾这不能不说令人遗憾。

反过来,《民法总则》中的有些规范本该使用否定性模式加以规定,立法却采取了肯定性模式;这方面最典型的莫过于法律行为生效要件的规定。该法第143条规定“具备下列条件的民事法律行为有效:(一)行为人具有相应的民事行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗”。该条全盘照搬了《民法通则》第55条的规定,对其错误也采取了照单全收的态度。事实上,“在民法通则制定之时,计划体制的阴霾未散,国家管制思想异常强大。《民法通则》规定民事行为的有效要件,目的还是通过限制民事行为的有效,从而限制当事人按照自己的意志创设私权利,进而将私权利限制在一定的领域,防止私权利的扩张,进而危及国家公权力”。⁽⁶⁵⁾

今天来看,第143条的肯定式立法的错误尤其明显:其一,民法作为私法,鼓励当事人意思自治;因此,不应当采取正面清单的模式,以肯定方式规定行为生效的必备要件,而应采取负面清单的模式,以否定方式规定不得实施的行为或禁止出现的情况。其二,如果双方就法律行为的效力发生争议,显然应当由否认效力的一方去证明,而非由维持效力的一方去举证。因为若要求后者证明所有的生效要件都满足,如果不是在事实上不可能,那么也会为其造成过重的举证负担,违反公平原则;反之,主张法律行为无效或者可撤销的一方,只需要证明某一项要件存在瑕疵,即可实现其主张。譬如,双方对于违约责任出现争议,如果让主张自己守约的一方要证实其守约,该方必须证明其行为符合合同履行的全部维度:时间、地点、对象、标的物、质量、规格型号、数量、价格、运输方式……显然,这对该方既不公平也无必要。合理的做法是:让主张对方违约的一方证明对方的履行行为存在一项或几项不符合合同约定的要素,即可认定对方的违约。其三,前引第143条规定的三项要素(行为能力、意思表示、无违法性),其欠缺或者违反的效果,并非都是法律行为的无效。在很多情况下,可能是法律行为处于可撤销的状态。由此,第143条的肯定式表述可能会引发认识上的混乱。正因为如此,“从立法例来看,世界各国民法几无例外地都是消极地以负面列举的方式,规定法律行为所不应有的内容,而不是积极地规定法律行为所应有的内容”。⁽⁶⁶⁾建议在最后对民法典进行“总装”时,删除该第143条。

五、结语

在现代社会,民法典被公认为“是一个好公民的枕边必读书或者是社会基本原理的教科书”;民法典也是“现实化的社会纲领,其措辞行文即是社会纲领的表达”。⁽⁶⁷⁾不过,若想编纂一部好的民法典,首先应当“重新学习语法学和语义学,因为适用和遵守一部良法比适用和遵守一部糟糕的法律,显然更令人愉悦,更何况起草法律文本从来都不是一个中性的操作,起草者可能背叛设计者的意图,而设计者对此却丝毫没有觉察”。⁽⁶⁸⁾必须意识到:书写法律的艺术“保有神秘性,因为它源自于历史、文化和语言”。⁽⁶⁹⁾

(64) Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2014, p. 67 et s.

(65) 易军《法律行为生效要件体系的重构》,载《中国法学》2012年第3期,第93页。

(66) 同注65引文,第80页。

(67) Nader Hakim, « La langue du Code civil », in Bernard Saintourens (dir.), *Le Code civil : Une leçon de légistique?* Paris : Economica, p. 64.

(68) Jean Hausser, « Les difficultés de la recodification : les personnes », in *Le Code civil 1804 - 2004 : Un passé, un présent, un avenir*, op. cit., p. 216.

(69) Gérard Cornu, « L'art d'écrire la loi », op. cit., p. 7.

立法的这种艺术要求我们尤其应避免仓促的“急就章”和“激情式立法”；只有远离激情，我们才能遵循立法技术的科学要求，避免民法典成为“应时之作”（loi de circonstance）。Carbonnier 曾经这样描述法国民法典：“民法典恰好诞生于法国终结立法的激情时代之际。有人可能会认为这是一种机械式的自动结果：因为整个国家陶醉于其立法之中，以至于感觉不再需要立法；所有的法律似乎都齐备而且质量很好，因而在很长时间里可以告别立法。然而，这只是停留于对1804年制定民法典这一事件的表面理解：法典化并非作为一种规范的饱和式产生方式，而是一种立法方式的选择，这一选择意味着排除激情式的立法者。”⁽⁷⁰⁾ 因此，就其根本而言，法典化方式的选择与政治激情之间，难以兼容。

当然，法律史的经验教训已经充分说明：一切成功的法典化，都取决于政治家群体和法学家群体的默契合作；政治意愿是法典化启动、推进和完成等全过程所不可或缺的外在关键因素。然而，政治意愿作为对于某些社会群体诉求的表征，很可能会带有特定时代的“激情”印记——《民法总则》中某些条文的写入就是这方面最好的例证。由此，“对于立法行为的理性化不要期待会有奇迹出现。立法行为归根结底终究是基于对所使用的方法和所要达到的目的之间关系的一种假设。这种不确定性源于我们在认知社会现实、社会行动者之间关系复杂性方面的有限能力。此外，立法学的条理化要求不应该使我们忘记：立法终究是一种政治安排，也就是说，其中充斥着利益、激情、意识形态和冲动。不过，尽管存在着这些局限，立法的条理化方法仍然是不可或缺的，虽然我们知道这些要求很难得以完全遵守，但是，它要求我们坚持不懈地诉诸理性”。⁽⁷¹⁾

Legislative Technique of the Civil Code:

Critical Lecture on the General Provisions of the Civil Law of the PRC

Shi Jiayou

Abstract: Codification is the privileged meaning of the rationalization of sources of law, the legislative technique is the guarantee of the quality of the Code. The Chinese Act of legislative activities also imposes some requirements for legislations, such as being precise, concrete and enforceable, which are the principles to follow for the civil codification. In legal history, François GénY was one of the pioneers on the research of legislative technique, some of his thoughts are still quite relevant for today's legislative activities. In China, the legislations are simple and intelligible. Nevertheless, as far as the General Provision of the Civil Law of the PRC is concerned, some aspects are still problematic. The legislative language of some provisions are sophisticate, there are too many definitions, references to other sources of law and unnecessary articles; and there is also misuse for positive and negative formulations. It is vital for the Chinese legislator to improve the legislative technique for the ongoing codification in the coming years.

Keywords: Civil Code; legislative technique; legislative language; sources of law; simplification of law

(责任编辑: 丁洁琳)

(70) Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1979, p. 219.

(71) Alexandre Flückiger & Jean - Daniel Delley, «L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique», *op. cit.*, p. 143.