

中国民法典编纂的基本思路和立法体例

于海涌*

摘要:中国民法典的编纂工作已经提上日程,笔者认为采用九编制的立法体例比较符合当下的国情。在编纂过程中,要尊重法律共同体已经达成的广泛共识;对于民事单行法,如果实施中发现明显错误和矛盾的,及时删除、修订、增补;对司法解释要进行甄别,选取闪光点。要坚持“先人身、后财产”、“先权利、后救济”等原则。

关键词:民法典 编纂 思路 体例

中国民法典的编纂工作目前已经提上了日程,全国人大常委会将中国民法典的编纂纳入第一类立法项目,编纂工作已经全面启动。毫无疑问,在未来一段时间里中国民法典编纂将成为我国规模宏大、影响深远、备受关注的重大立法活动。民法典的编纂既是国家立法中前沿性的重大理论问题,又是战略性的重大现实问题。中国民法典是否可以展示中国的立法水平,固然是对中国传统法律文化的继承问题,更是对法学理论、民法制度和立法方法进行创新的发展问题。以下是笔者对中国民法典编纂中关于基本思路和立法体例的思考。

一、中国民法典编纂的基本思路

(一)关于《民法通则》和2002年《中华人民共和国民法草案》的安排

《民法通则》颁布于1986年,全文只有156条,在司法适用中常常让人感觉捉襟见肘、挂一漏万,但这30年来《民法通则》在我国一直处于民事基

本法的重要地位,立法者、法官、民法学者在这30年的时间里已经在司法实践和学术研究中达成了广泛的共识,因此应当充分尊重法律共同体已经形成的私法文化传统。2002年全国人大的《中华人民共和国民法草案》出台比较仓促,其立法体例、制度安排甚至语言风格确实有不少值得商榷之处,一直以来也饱受学术界的尖锐批评,但笔者认为这个民法草案毕竟是我国第一部正式的立法草案,其中仍有不少有益的成果可以在民法典编纂时予以借鉴。简言之,中国民法典应当借鉴《民法通则》和2002年《中华人民共和国民法草案》的有益成果,尊重法律共同体已经达成的广泛共识。

(二)关于现行民事单行法的安排

在改革开放的近40年时间里,尽管立法机关颁布了大量的民事单行法,但当前我国民法典不仅缺少民法总则编,对债权编、人格权编等制度安排也并不明朗,因此民法典的编纂工作仍然比较艰巨。中国民法典并非另起炉灶,应当以现行民事

*作者简介:于海涌,中山大学法学院教授、博士生导师。

单行法为主体进行编纂,这是中国民法典的主体工程,也是对中国民法典进行编纂的基础。对于这些民事单行法,如果在实施期间没有引起很大的争议,在编纂中除了进行技术上的安排外,一般不作修订。但是如果在实施中发现了明显的错误或者矛盾,则借此编纂的机会进行及时删除、修订或增补。

(三)关于最高法院民商事司法解释的安排

由于民事立法长期滞后,制度设计简单粗糙,缺乏可操作性,最高法院面对复杂的民事案件,颁布了一系列的司法解释。这些司法解释实用性强,具有较强的可操作性,当然这些司法解释也不尽科学,有些突破了司法的范畴,甚至已经演变为变相“立法”。对此虽有“良性违宪”的辩解,但也难免受到诟病。最高人民法院在审理形形色色的民商事案件中积累了大量实践经验,发布了大量的司法解释,这对于民法典编纂而言可谓是一个丰富的宝库。在本草案的编纂中,笔者对最高法院的司法解释进行甄别,对具有借鉴价值的司法解释编纂进了民法典草案。编纂的过程并非直接将司法解释转变为法律条文,而是要根据情况进行分析和甄别。民事法律规范既是民事主体的行为规范,也是法院审理案件的裁判规范。最高法院的司法解释,有些属于确定当事人之间权利和义务的实体性规范,有些则属于纯粹解决审判实务的程序性规范,例如“对某某事项提起的诉讼人民法院不予立案”、“对某某主张人民法院不予支持”等。这些纯粹的程序性规范,其实和当事人的实体权利并没有直接的关系。鉴于民法典的编纂属于立法活动,毕竟与审判活动有重大区别,所以在民法典编纂中需要对司法解释进行甄别,选取有闪光点的司法解释。

(四)关于风俗习惯、交易惯例、司法判例和理论学说的补充作用

任何一部法典,无论其于制定时立法体例如何完备,制度设计如何周密,缺漏终属难免,而在私法领域,法官又不得借口法无明文规定而拒绝裁判。这样在审理民事案件时,如果法官根本无法找到可以适用的法律规范,就需要对法律漏洞进行补充。立法者进行立法时必须对这个问题作出制度上的预先安排,在法典编纂中应当对民俗习惯、

商业惯例、司法判例和理论学说给予足够的重视。对于未来民法典中可能存在的立法漏洞,应当允许法官参照民俗习惯和商业惯例进行漏洞补充后进行裁判,如没有相应的民俗习惯和商业惯例,法官应参照普遍认可的司法判例和理论学说。

(五)关于法典编纂中的删除、修订和增补问题

中国民法典的编纂,并非直接把物权法、合同法、侵权责任法、婚姻法、收养法、继承法等民事单行法进行简单地汇编,而是国家的一项重要立法活动。现行的民事单行法和司法解释中存在着很多矛盾冲突、繁简失当、轻重失衡、立法漏洞等问题,与一部成熟的民法典还有很大的差距。在法典编纂中,必然要对全部单行法和司法解释进行系统的审查,并结合民商法的研究成果进行删除、修订和增补。在各种利益的交错冲突中,立法者实际上在扮演公共政策选择的角色,面对众说纷纭的制度设计和利益博弈,立法者如何行使立法权,通过一锤定音进行睿智的选择,这十分考验立法机关和起草人的立法智慧。

二、中国民法典编纂中立法体例问题的争议与思考

全国人大在2010年已经宣布我国的社会主义法律体系已经基本形成,但我国民法典至今还只是一个半成品。大陆法系国家的立法注重成文法的逻辑性和体系性。从法典的逻辑性和体系性观察,我们的民法典还存在诸多缺陷:第一,缺少《民法总则编》。到现在为止,民法总则适用的只是《民法通则》非常简陋的规定,很多应当由总则规定的内容仍有很大的欠缺。第二,欠缺《人格权编》。《民法通则》已经确定了民法的调整对象为平等主体之间的财产关系和人身关系。现在调整财产关系的法律已经陆续出台了,但是调整人身关系的法律还远远不够,离体系化的要求还有很大的差距。第三,缺少债法总则。大陆法系国家的财产法通常由物权和债权两大板块构成,如果我们没有债法总则方面的规定,是不符合大陆法系体系化要求的。

(一)人文主义和物文主义的问题

对于民法典的制定,梁慧星教授和徐国栋教

授为了人文主义和物文主义的问题进行了激烈的讨论。徐国栋主张把人身关系法放在前面,财产关系法在后面,突出人的主导地位。尽管民法是权利法,但权利都是以人为核心的,民法典的立法要体现人文主义,用他自己的话说就是“新人文主义”。如果按照总则、物权、债权、亲属、继承的体例,那么这种立法体例就没有突出人的地位,变成主要是以财产为主,这就成了“物文主义”。

对于人文主义和物文主义的争议,听起来好像是两个水火不容的主义之争,但是仔细思考以后,我们发现其实他们之间的分歧并不是原则性的争议,而仅仅是立法技术上的争议,而且这个差异对民法典并没有太大的影响。民法是一个行为规范,又是一个裁判规范。无论是人身权利编放在前面,还是财产权利编在前面,它对当事人的民事利益不会产生影响,对法官的判决也不会发生影响,笔者觉得它仅仅是立法者在立法理念上的些许差别。举个例子,我国在制定1982年《宪法》时,就有学者提出来,要把公民的基本权利和义务部分放在前面,把国家机关部分放在后面,以便突出我们国家注重保护公民的基本权利和义务。但是我们国家的《宪法》实施的情况并不会仅仅因为“公民的基本权利和义务”放在前面就得到了充分的实现,这与把国家机关放在前面或者后面并不会造成天壤之别。但是,从理念上讲,笔者认为把人编放在前面更符合以人为本、以人为核心的民法精神,从理念上说是有一定价值的,但是对于两者的差别没有必要过于夸大。

(二) 债法编的问题

我们已经出台了《合同法》和《侵权责任法》,这两个法律基本上把债法的主要内容包括了。我们国家是否还需要制定债权编?笔者认为,债权编仍然需要制定。

第一,债权是一个上位的概念,它涵盖了侵权行为之债、合同之债。如果我们因为有了《侵权责任法》和《合同法》,就不制定债法总则了,那么债法这个概念在民法典中的存在都会成为问题。我们作为大陆法系的成员,别的国家都有物权和债权,而我们国家竟然没有债权的概念,那么我们的民法典岂不成为大陆法系家族中的异类?

第二,民法典只有保持一种开放的体例,才能

够吐旧纳新,为将来的发展留有空间。就当前的研究而言,对于有些东西,如果既不属于合同,也不属于侵权行为,那么在民法典中如何归类?比如无因管理、不当得利就不好归类。当然有些学者把无因管理和不当得利当作准契约,这样也勉强说得过去,但我们从长远发展来看,如果将来碰到无法准契约的情形,我们这个封闭的体系该如何容纳?没有债法总则,仅仅规定了合同和侵权行为,这种近乎封闭的体例为将来保留的开放空间就会更小,如果有了债权编,这就为未来留下一个开放的空间。

第三,我们是在没有制定债权编的情况下先出台了《合同法》,合同法承担了相当一部分债法的内容,需要将来编纂的时候进行调整。从《合同法》的内容来看,《合同法》大量使用了“债权”、“债务”、“债权人”、“债务人”的概念,其实已经预计与未来的债权编进行相应的调整。

第四,立法的简约也是考虑的重要因素。如果有了债权编,那么债权人的代位权、债权人的撤销权、债的担保、债的转让、债的抵销等都可以顺利处理,而且无论合同之债、侵权行为之债、无因管理之债、不当得利之债等都不用特殊规定了,都属于债权总则的部分。如果没有债权编,那么在立法中就要棘手一些。举个例子,比如说债的抵销,根据合同法,如果张三欠李四100元钱,李四欠张三120元钱,两个可以进行抵销。侵权行为中是否存在债的抵销?当然也会有。比如交通事故,两辆车相撞,结果双方各承担50%的责任,这其中就有债的抵销。如果有债权编,在债法总则中直接规定债的抵销就可以了,如果没有债权编,那么是不是在《合同法》中规定一个债的抵销,在《侵权责任法》里再规定一个债的抵销?再比如保证人问题。合同中经常约定有保证人,如果我对你的资信能力表示怀疑,那么双方可以约定由一个资信能力较强的人做保证人。侵权行为中有没有保证人?同样有。张三打伤了李四,在和解的过程中,李四可能觉得张三没有足够的财产,张三就可以找一个有钱的第三人做保证人,这样纠纷就可以庭外和解。如果将来没有债权编的话,是不是合同法中规定一个保证人制度,在侵权行为中再搞一个保证人制度?所以,考虑立法的体系化和逻辑化、保

持开放的体系以及立法的简约,债法总则都是需要的。

(三)人格权编的问题

人格权要不要独立成编?笔者认为,人格权不仅应该独立成编,而且要把它放在民法典的重要位置。在民法典的体例安排上,第一编应当是总则编,第二编就应当是人格权编。因为民法是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律。更准确地说,民法是调整平等主体之间人身关系和财产关系的法律。应该把人身关系放在前面,财产关系放在后面,以此为了突出人的中心地位和重要性。

其实,如果人格权法要带有一定的前瞻性和开放性的话,人格权的内容并不少。关于放弃治疗问题、关于缓和医疗问题,关于安乐死问题,关于器官移植问题,关于性自主权问题,关于人工捐献精子问题,还有实验性药品对健康的损害问题等等。这些问题如果放在《民法总则》中,既不科学,也不合理。看来,人格权的内容绝对不少,所以人格权编不仅要制定,而且完全可以独立成编。这不仅不是必要的,而且是完全可行的。

(四)民事救济编的问题

在我国未来民法典的编纂中,《侵权责任法》应该安排在什么位置?是把它安排在债编中,还是安排在《民事责任》编里面?这就存在一个民事责任是否需要独立成编的问题。

侵权责任到底是一个民法上的债,还是一种民事责任?债和责任其实是不同的。侵害别人的权利,应当首先产生的是民事债务,如果当事人自觉履行了债务,无需国家公权力提供救济,这个债务就消灭了,这是第一次的债。如果当事人不承认侵权,不承认债务,受害人提起诉讼,这产生的就是民事责任。所谓民事责任,就是不履行义务所产生的法律后果。这体现的是国家对民事权利的救济。我们可以把它称为第二次的债。所以侵权行为既可以产生债,也可以产生民事责任。

过去我们制定《民法通则》的时候,民事责任部分独立成章,这是我们国家《民法通则》的一个特色。但根据现在民法典立法的几个版本,还没有一个专门设定《民事责任编》的。笔者认为应该设立一个独立的《民事救济编》。为什么?民法典讲究体系和逻辑。物权编、债权编、亲属编、财产继承

编,这些编都是对权利的认可,也就是民法要保护的权利和利益。按照逻辑,这些权利遭受侵害的时候,国家应该提供救济,《民事救济编》就是体现这种救济。当然进行民法典编纂的时候,可以把私力救济、违约责任、侵权责任等内容编纂在一起,调整后成立一个独立的民事救济编。这样民法典的体系就更加严密,体系更加完整和紧凑。

(五)民法和商法之间的关系问题

《中国民法典》正在如火如荼地制定中,中国商法学界也在积极酝酿制定《中国商法典》或《中国商法通则》。对于《中国商法通则》的立法问题,笔者认为既无必要,也不可行。如果要制定《商法通则》的话,那么它究竟是类似《民法通则》的“小而全”的法律,还是未来《中国商法典》的总则编?这个问题必须明确,这涉及《商法通则》的定位问题。

第一,《商法通则》的定位模糊。如果我们把《商法通则》定位为《中国商法典》的总则编,那么我们就应当把整个商法典中具有共同性、一般性的规则抽象出来。现在最为关键的问题是,《商法通则》能够提炼出涵盖公司法、海商法、票据法、证券法、信托法、保险法的一般规则吗?以票据法和海商法为例,这两部法律都属于商法,但我们能否提炼出这两部法律的共同规则?票据法非常强调票面的记载、出票、承兑、付款、追索等,它和海商法的提单、船舶碰撞、共同海损、船舶优先权等几乎没有任何共同之处。如果发生了船舶碰撞,在司法审判中,我们会调查船舶的红灯亮了没有?绿灯亮了没有?船舶有没有减速?航向是否转变?可以说船舶碰撞问题和票据承兑问题几乎是风马牛不相及,我们很难找到共同适应的规则。有学者会认为,商主体、商行为、商事营业资产、商业账簿、商事代理、商事担保等,这些东西可以说是共同的规则。但是,对于这些规则,大部分属于法人制度的东西。仅票据法和海商法之间,我们就很难找到共同适用的规则,更何况要找到涵盖所有商法领域的共同规则。如果不把《商法通则》定位为《中国商法典》的总则编,而是定位为类似于《民法通则》,那合适吗?我们制定《民法通则》是1986年。那时国家百废待兴,商品经济的发展刚刚起步,法律规则十分欠缺,由于社会急需一些基本的法律

规则,而当时制定《民法典》条件又不成熟,在这种情况下我们仓促之间制定出一个只有 156 条的“小而全”的法律是可行的。到目前为止,我国的公司法、海商法、保险法、票据法、信托法、证券法都这么齐全了,你再制定一个“小而全”的《商法通则》,显然不太可行。总之,无论是把《商法通则》的定位类似于《民法通则》“小而全”的基本法,还是把它定位为《商法通则》的总则篇,都是不太可能的。

第二,《商法通则》有没有足够的特殊性。我们制定财产所有权,不会把它区分为男人的所有权还是女人的所有权,因为这种分类是没有意义的。商行为、商事代理、商事担保,如果它没有足够的特殊性,却又突破民法的一般规定,那么这种突破就是不必要的。在民法的担保物权之外,是否需要单独的商事担保?在民法的代理制度之外是否需要专门的商事代理?笔者对此表示怀疑。

第三,可能导致法律适用中的混乱。如果我们在《中国民法典》之外再制定一个《商法通则》,它会不会反而导致法律适用的混乱?如果甲股份有限公司和乙股份有限公司之间订立了买卖合同,它是不是适用《民法典》中合同的规定?如果他们出现了一个抵押,是适用民法中的担保物权,还是有什么特别的商事担保?再比如,有个商主体(商业公司)出具一个票据给自然人,显然自然人是民事主体,公司是商事主体,问题是:对于这个票据,到底是用《民法典》还是《商法典》?是用《民法通则》还是用《商法通则》?

第四,商法的“去法典化”趋势。法国、德国、日本都制定了《商法典》,但是适用之后慢慢呈现了去法典化的趋势。如果公司法、海商法、票据法、证券法、信托法等制定为单行法,而能够涵盖公司法、海商法、票据法、证券法、信托法所有领域的总则性规定又非常有限,那么商法典的内容基本上就被掏空了。从大陆法系的发展看,这个商法典已经逐渐被淡化,出现了式微的趋势。

第五,尊重中国民商合一的立法传统。从中国的立法历史来看,在中华民国制定《民法典》的时候,曾经考虑到我们国家到底是采取民商合一,还是民商分立。当时立法院长胡汉民进行了考察后认为,中国应采取民商合一,不在民法之外制定专门

的《商法典》,在《民法典》之外制定若干的单项法就可以了。我国台湾和大陆具有同样的法律文化传统,从目前的情况来看,台湾这样做没有什么大的妨碍,这也可以给我们一些启示。因此,《民法典》之外,未必要制定《商法典》通则。

(六)附编的问题

在民法典的编纂中,还涉及到法律的溯及既往问题、比照适用问题、民族自治地方对民法典部分内容的变通或补充适用问题、授权对某些事项进行地方立法、授权国务院对某些事项制定实施办法、民法典生效后的法律废止、民法典的实施日期等问题,这些问题比较杂乱,而且放在前八编都不适合,属于“无法归类”之列。《民法通则》有“附则”之设,《瑞士民法典》有“末章”,《绿色民法典草案》有“附编”和“尾题”,笔者认为,为了保持民法典立法体例的统一,不妨在法典的最后专门设置独立的“附编”。

三、对中国民法典立法规划的基本评价

我国民法典的整体立法属于化整为零,先制定各个民事单行法,最后再进行民法典的编纂。从立法的整体规划来考察,我们在立法中对体系性和逻辑性的安排没有给予足够的重视,这势必会给未来民法典的编纂工作带来一定的困难。

(一)立法机关应该先制定民法总则,然后再制定民法分则

如果从体系性和逻辑性来考察,立法机关在进行民法典的立法规划中,应该先制定民法总则编,然后再制定民法分则各编。我们现在是制定了《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》,但民法总则编却在后期才进入立法程序,所以这就难免会出现一些不太协调的问题。举个例子,《物权法》已经出台,其中第 60 条规定:对于属于村农民集体所有的土地等,由村集体经济组织代表集体行使所有权。现在的问题是:村集体经济组织是什么类别的民事主体?它是法人还是非法人?是企业法人还是非企业法人?是盈利性的组织还是非营利性的组织?这一切都没有明确的规定。再比如说,《物权法》中制定了建筑物区分所有权,其中规定了业主委员会,但业主委员会是个什么组织?是否具

备法人资格？这个问题应当在《民法总则》中予以规定，但是《民法总则》迟迟没有出台，这个问题也只能是一笔糊涂账。

（二）立法机关应该先制定权利法，然后再制定救济法

立法机关应该先制定《人格权法》《物权法》《债权法》等确认民事权利的单行法，最后才制定为权利提供救济的《侵权责任法》，这样才更为合理。从逻辑上讲，应该首先确定民事权利，然后再规定侵害民事权利应当承担的法律责任。现在《侵权责任法》已经出来了，而《人格权法》还遥遥无期。如果我们先出台了《人格权法》，那么在随后制定《侵权责任法》的时候，就可以针对人格权法中的相关内容有的放矢地进行规制；现在恰恰相反，制定《侵权责任法》的时候，人格权法还没有出台，那么针对侵害人格权的内容进行规制只能是雾里看花，水中望月，更不可能针对侵害人格权的某些特殊情况加以前瞻性的立法。

（三）未来民法典编纂面临的困难

如果我们预先对整部民法典的立法有一个科学的立法规划，那么在各个民事单行法逐步出台以后，在最后编纂《中国民法典》的时候相对而言就会容易一些。从目前的立法来看，我们民法典的立法对体系性、逻辑性的安排有一定的缺陷，这样会招致立法中存在很多衔接失当、轻重失衡、矛盾冲突、立法漏洞等问题，在未来法典编纂中，对各个单行法进行审查、删除、修订和增补的工作就会相对比较困难。

四、中国民法典编纂关于“九编制”立法体例的构想

根据笔者关于中国民法典编纂问题的思考，从编排的体例来看，应当采用九编制，并按照以下次序进行安排。

（一）“先总则，后分则”

纲举目张，民法总则编无疑应当是整部民法典的第一编，对于这个安排学术界几乎没有争议。

（二）“先人身，后财产”

从理念上讲，把人格权编放在第二编，婚姻家庭编放在第三编，这样安排更符合以人为本的立法精神，在立法编排上应当在体例安排上体现国家立法机关重视人格利益保护的基本理念。在人格权编和婚姻家庭编以后，关于财产权利的各编应当依次为第四编物权编、第五编债权编、第六编财产继承编。

（三）“先权利，后救济”

常言道，“无救济，则无权利”，因此，在人格权编、婚姻家庭编、物权编、债权编、财产继承编以后，随后应当安排的就是第七编救济编，也就是民事责任编。前面几编都是对权利的认可，后面的民事责任编就是对权利的救济，其中的逻辑关系非常清楚。

（四）“先国内，后涉外”

随着中国对外开放的不断深入，人员交流频繁，国际贸易如火如荼，因此涉外民事纠纷也相应增多，关于涉外民事法律关系的法律适用是一个无法回避的突出问题。《民法通则》第八章专门规定了“涉外民事法律关系法律适用”，我国的法院系统普遍设立有专门审理涉外案件的法庭，因此笔者认为应当将我国于2010年10月通过的《涉外民事法律关系法律适用法》纳入民法典，作为民法典的第八编。

（五）中国民法典九编制的立法构想

综上所述，中国民法典应当采用九编制的立法体例，并按照以下次序进行编纂，这可能是一种比较妥当的制度安排：

- 第一、总则编；
- 第二、人格权编；
- 第三、婚姻家庭编；
- 第四、物权编；
- 第五、债权编；
- 第六、财产继承编；
- 第七、救济编（民事责任编）；
- 第八、涉外民事关系的法律适用编；
- 第九、附编。