

DOI: 10.13766/j.bhsk.1008-2204.2017.0163

• 《民法总则》专家谈

主持人语:2017年3月15日,《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)经过第十二届全国人民代表大会第五次会议审议通过,将自2017年10月1日起施行。中国共产党十八届四中全会作出“编纂民法典”的决定以后,全国人大决定分两步开展民法典编纂工作,第一步是制定民法总则,第二步是整合民法典各分则编,形成民法典。《民法总则》的颁布,意味着“第一步”的工作顺利完成,整个民法典呼之欲出。因此,《民法总则》的颁行是中国民法史乃至法制史上的重要事件,可以说,在中国民法史上具有里程碑意义。

为了庆祝《民法总则》的颁行,也为了宣传《民法总则》,北京航空航天大学法学院于2017年3月18日下午在如心会议中心组织了名为“《民法总则》专家谈”的主题报告会。会上,龙卫球教授和刘保玉教授就这一法律的立法意义、立法创新、法律适用等问题做了主题报告。本期笔谈摘录了上述两位教授的部分发言,以期加深对《民法总则》的理解。

《民法总则》的立法意义和创新

龙卫球

(北京航空航天大学 法学院,北京 100083)

我很高兴参与今天的论坛,能够与几位同事一起,对刚通过的《民法总则》做一个粗略解读。我想重点谈一谈《民法总则》的立法意义、风格和主要创新等问题。

一、《民法总则》的立法意义

刚刚出台的《民法总则》,其意义是重大的,最重要的当然是它的法治意义,即宣布了新中国民法典编纂第一步获得成功,中国民法开始进入一个新的历史阶段,标志其一种系统性地位的确立。民法典编纂可分两步走,《民法总则》制定属于第一步,这一步已经走成功了;下一步是民法典分则编纂。新中国此前经历过四次民法典编纂,但都没有成功,这一次却获得了成功,不能不说意义重大。

中国民法学界关于民法典编纂出现过所谓理想主义、现实主义的思路分歧,但是在我看来,民法典形式本身就是现实主义和理想主义的合一,因为民法典既是面向真实世界的世俗立法表达,同时,由于上升到了“典”的高度,所以它也是一种富有政治宣

告意义的民事约法。国家能够制定民法典,说明其有意奉行一种尊崇民法的立场:它把民法看得很重,把个人私权和自治看得很重。昨天,会上也有专家讲到,四中全会决定里直接点名要编纂或制定的法律就是民法典,说明了这份全面依法治国的决定文件把它看得很重,其他的并没有点名。我想确实是这样的。

我们过去一直在制定民事法律,但是采取的是具体到具体的方式,没有上升到一个系统民法的高度,那种零零散散的方式不太正规,有点像草寇、游击队,现在编纂成民法典,意义就不一样了,观念意义尤为猛烈,意味着民法获得一种法典仪式感。通过民法典编纂,民法在中国整个法律体系中的地位一下子高大上起来。至于实际内容上,虽只是把我们三四十年的立法和司法做了累积处理,也还是有了很大创新,但创新其实不是最重要的——因为以法典名义把三四十年的积累予以整理,这种叠加的历史意义就足够惊人!

昨天,中国人民大学召开了庆贺《民法总则》通过的会议,很多老师讲了不同方面的意义,有的讲是

收稿日期:2017-06-06

作者简介:龙卫球(1968—),男,江西吉水人,教授,博士,研究方向为民法。

民法里程碑,有的讲是中国几代民法人的梦,有的讲这部《民法总则》比过去的《民法通则》有较大进步。这些说法都对。但我觉得,似乎又都不够全面。我认为,这部《民法总则》和即将出现的民法典具有的法治意义,要放在复杂的特殊历史中去反复看,要从三个历史尺度来认识才更加完整。

第一,是从新中国的历史尺度来看。它是新中国第一部民法典,所以具有当下的历史意义,这标志着新中国今天开始在形式上进入到一个民法典时代。

第二,是从中国晚清以来的历史尺度来看。我们面前的这部民法典,接续了晚清的《大清民律草案》、中华民国时期的《中华民国民法典》,共同成就了我们这一百多年来若隐若现的曲折民法史,今天又进入到了一个新的复现时期。

第三,要从中国文明史和世界文明史汇合的历史尺度去看。这个角度更加复杂,它代表了中西两大文明交汇的复杂性。所以,有些意义,现在一下子就可以看得清,而有些意义,则要慢慢从历史中去呈现。一百七八十年来,中国在自身文明与西方文明的激烈碰撞之后开始寻求复兴之路,可以说走的是一条曲折坎坷的道路。究其原因,中国有识之士如张之洞、沈家本等之图强,所谋者深远,包含器物、文化、精神多方面,不像日本简单的“脱亚入欧”,而是融汇中西文明,达成中西合璧的再造。《民法总则》是由这一路程走到当下时空的交汇再造的一个表现。

二、《民法总则》的立法风格

《民法总则》采取了机构立法的特殊机制,通过这种特殊机制的作用,创造出一种当代民法的新立法风格。这种立法样式导致了作为当代民法的一些后现代风格,是历史主义、理性主义和大众主义的三结合。

(一) 历史主义

《民法总则》历史性地继承了《民法通则》及其施行以来的相关司法和学理,基本框架和基本规定大都是累积而来,也就是说,“罗马城不是一天建成的”。

《民法总则》不是神来之笔,不是突然的革命产物(像法国民法典那样),也不是急剧变革的产物

(像德国民法典或者明治维新的日本民法典那样),而是在一定历史阶段持续累积之上的一次系统化整理。罗马时代的《优士丁尼法典》就是一种典型的历史主义编纂风格,罗马法发展了一个漫长阶段之后,编纂了《优士丁尼法典》。这部法典的辉煌和高度,代表的是一种历史的成熟和高度。它的内容不是一天形成的,而是一千年的累积之结果,所以是一种真正的系统整理和编纂。《民法总则》关于自身的历史主义,表现得最为淋漓尽致的是关于民商关系的处理。民商关系模式,在世界范围可以说没有确定范例。此次《民法总则》起草,最终以继承自身历史为考虑,决定继续维持民商合一。《民法总则》有些变化表面上看似是新生事物,实际上也只是过去实际已经发生、形成的变化的进一步明确化而已。例如,此次新添一章确立“非法人组织”具有相当民事主体地位,但是实际上《合伙企业法》《个人独资企业法》等早就完成了相关的制度建设。很多时候,我们期待着一国法制或者一国民法一天就发生重大变化,这种想法实际上是很不成熟的立法思想。

(二) 理性主义

《民法总则》不是简单的历史累积,而是有理性的审视在里面,既包括形式体系化提升的审视,也包括对于不适应当下的过时规则加以改造的审视,还包括对于时代新问题的回应思考。

所以,《民法总则》是在历史继承中予以辨析、发展甚至创造。这种理性主义,本质上是一种节制理性,不再迷信19世纪以来法律科学的绝对性,不再迷信立法可穷尽一切,而是注重立法的相对性、包容性和原则开放性,注重尊重多样、面向未来。《民法总则》这种理性主义体现得最为突出的是对法人制度的及时革新,在将法人朝向更加开放的趋势中,同时与中国现实情况结合,创造性地采取了营利法人、非营利法人和特别法人的分类,可谓一种审慎理性的极致。

(三) 大众主义

这部立法也是属于大众创造式的。有专家提到,这次立法从机制形式上看,《民法总则》没有采取近现代法典化时期的那种专家立法模式,没有建立一个由若干权威专家构成的民法典编纂委员会来负责编纂,感到颇有些遗憾。但我认为也可以换一个角度看,采取机构立法模式,其实可以贴近当今社会的潮流,机构立法容易广泛吸收各方面意见,颇有

大众立法色彩。

机构本身不是学术权威、司法权威,他们的人员更容易像书记员那样进入角色,可以更加宽泛地听取各种意见,而更少受到某种体系、理论成见的约束。机构立法有点像“众筹”模式,做出的最终体系、规则,没有学术权威那么精致,但却更实用和包容,能够更好地体现问题导向,更好地汇集社会各方面,特别是基层民众的意见,更好地包容各种不同见解。实际上,此次立法利用自身特殊机制,确实在广泛征求和吸纳社会意见方面,发挥了明显的作用。例如:第一次公开征求意见,就收到各界13 802人提出的共65 000条意见,其中就包括北京航空航天大学(以下简称“北航”)提出的几十页的意见。

大众主义的一个结果是去精英化,这部法典去精英化的表现特别明显。立法经常直接遭遇社会意见,其中不少意见,如果从民法权威专家学者的角度来看,恐怕容易一球就顶回去。但是谦虚谨慎的机构立法则不同,会尽可能地回应社会提出的问题和要求。《民法总则》在终审之前,三次公开征求社会意见,对于社会反映比较激烈的问题,一概予以直接回应。所以,这部《民法总则》体现了社会回应型立法色彩,不少角度是从民法社会化方面回应的,如果到了民法学者那里,一般的反应恐怕接受不了。在中国当下的法律体系中,社会法很不发达,所以本身存在很大的社会缺口,那怎么办?大众化观点认为,现在既然要制定《民法总则》和编纂民法典,民法就得关照这些“社会孤儿”。

《民法总则》不仅引入了许多社会价值规定,也添加了不少社会化行为准则,甚至带着不少社会责任,认为民法对社会化要求应该责无旁贷地回应。最终,作为大众主义的立法结果,民法超出了原来民法的范围,出现了明显的社会化趋势。民法虽然还是讲以民事权益保护为重心,但是这种讲法不再是绝对的,而是要讲一定的社会化限制。所以,我们这部民法典有的地方可能不像过去的民法典那样纯粹了。这部《民法总则》不再是某种单一主义或理念的化产物,比如像法国民法典那样;也不再是某种纯粹学理体系的产物,比如像德国民法典那样。一部理念高大或学理精深的民法典,某种程度上会让老百姓感到敬畏,有某种距离感,因为读它们就像读一部思想名著,或者读康德、黑格尔的哲学体系书。我们这部《民法总则》和即将面世的民法典,不再是

某种简单理念的产物,而是在接受民法传统的基础上,进行了大的改造,变成了一个集历史主义、理性主义和大众主义的混合版,一个多种观念原则、多种价值的混合体系。它不是某种民法学派理论体系的产物,大家都觉得自己对它有一点功劳,但它的很多规则又超越了我们以为自洽的体系范畴。这也是以后特别值得研究和思考的。

三、《民法总则》的发展创新

除了肯定其具有法治历史意义之外,我们还应该积极看待这部《民法总则》所做出的立法创新。《民法总则》继承和巩固了《民法通则》施行以来的重要立法和司法实践成果,甚至包括许多学理成果。从这个意义上说,《民法总则》的贡献是巨大的,这是一种历史累积的贡献。同时,这部《民法总则》还存在很多新的发展,有的可以说颇具创新。

这种新的发展或创新,是对比《民法通则》来讲的,它们比《民法通则》前后的相关规则,有所发展和创新。当然,如何评价,人们其实是有不同看法的。立法出来之后,不同人的评价可能是不一样的。如果是民法研究会的领导们来打分,可能打90分;但如果是由青年学者来打分,特别是刚刚留学回来的青年学者来打分,则可能不尽如人意。

可见,众口难调。我想要说的是,知易行难,立法更难!立法过程是十分费神的,不仅要面临各种意见的压力,更需要具有汇聚不同意见的智慧以及能够做出合理选择的能力。北航法学院团队组织做过一部建议稿,所以我们知道写出一部好的《民法总则》的本子真是不容易。特别是,当大家意见不一致时,要在较大范围内把大家的意见协同起来就更难。我们的课题组虽然只有几十个人,统一各种意见时感觉都挺费劲的,作为统稿人,我为了改出最后那个本子,视力下降了不少。我觉得,对于任何发展创新的意义评估,其合理性首先可以从现实是否需要来评估,即存在于对既有基础变化的必要性中。这是最起码的衡量基础,是可以进行现实分析的。当然,从长期来看,还需要实践检验,需要历史效果来最终证明。这是后话。现在能够做的仅仅是预测。当年的德国民法典与法国民法典相比也有不同点,当时德国人说是发展,后来证明有许多确实是重要的历史创新。

《民法总则》有哪些新的发展创新呢?

(一)《民法总则》使得中国民法更进一步社会化

《民法总则》的立法者认为,在当今高度社会化的社会中,不可能有一部纯粹的民法典了。立法者有一种意识,就是认为现在置身于一个高度社会化的时代,所以我们的民法典对此要有所反映。

首先,《民法总则》在目的和价值原则上宣示了这种社会化趋势,宣示的内容本身构成了民法重要的一部分。

为什么要宣示目的和原则呢?法国民法典和德国民法典是不直接宣示基本价值的。这是因为,当时的民法理念价值十分简明,有关民法的理念价值可以直接规则化,因此,只需要体现到规定中去就够了。但是,我们今天发现,这种仅仅是规则的法典模式不够用了,也不好用了,在高度社会化现状下,民法的理念、价值问题变得复杂了,不太容易通过规则来表达。在这个民法理念价值复杂、多元的时代,我们首先面临理念价值如何并存或平衡的问题,所以民法典首先是阐释价值原则的法典,然后才是设定规则的法典。

《民法总则》第1条宣示了中国民法的目的。首先,仍然维护其作为私法的基本定位,即强调自身出发点是保护民事权益。也就是说,我们的民法本身依然是私法,旨在保护个人利益,体现为民事权利法、民事行为法。但是,又要求中国民法应当维护特定社会利益。相比《民法通则》第1条规定,《民法总则》第1条添加了“维护经济和社会秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观”。也就是说,中国民法的出发点虽然不是特定社会利益(这是社会法的任务),但是却因为置身社会化的现实需要而去兼顾某些必要的社会利益。

《民法总则》第3条到第9条宣示和规定了中国民法基本原则体系。如此明确地彰显民法价值原则体系,这是中国民法独特的一大体系特点。《民法总则》关于民法基本原则的规定,对过去的《民法通则》来讲有很大的继承,也有所发展,最突出的发展是明显强化了某些社会化价值趋势。《民法通则》在价值原则方面已经体现了相当的社会化趋势,包括确立了具有相当社会化色彩的公平原则和诚实信用原则,一个反映当代社会正义的价值需求在民事活动中如何体现,一个反映社会信赖价值需

求在民事活动中如何体现。

《民法总则》在引入社会化原则方面做出了两个新发展:其一,确立更加全面的禁止违反法律和公序良俗原则。第8条规定“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违反公序良俗原则。”过去“不得违反法律”这句话是没有的,因为民法是以任意法为主,而不是以强制法为主,所以民法在禁止违反法律的提法上比较慎重,只在某些领域上禁止,比如说在法律行为的具体领域禁止违反法律和公序良俗,而不得动辄上升到民法原则层面。《民法总则》立法者认为,当代民法的强制性规定越来越普遍,民法过去基于平等、自愿体制所确立的任意法体系,现在受到越来越多的强制规定的限制,这是追求必要社会化纠偏的结果。这些一开始是在民法某些具体领域里面零星体现,后来越来越多,甚至发展为在民法以外还有强制法,许多单行民事强制法被制定出来,如有些国家对租赁、旅店专门立法,就是这样的民事强制法。它们越来越多,构成了对民事活动各方面的限定,于是上升到整个民法的原则层面。其二,添加了生态环境保护原则,这是一条特殊社会化原则条款,即第9条。当今世界,在高度工业化的现实背景下,生态环境保护成为了越来越突出的社会问题,保护环境成为法律体系的共同价值追求。除了作为特别社会法的环境法专门以环境保护为目标之外,也有必要将环境保护确立为民法上的一个外部限制性原则,以一种特殊方式使得民法和环境保护法产生体系关联。这一原则构成中国民法和环境保护法之间的一个桥梁,这是一个很大的变化。

此外,《民法总则》还增设了很多社会化意义的具体制度或条款,在许多章节的一般规定中都有重要体现。例如:自然人监护制度中关于社会监护和国家监护的完善;法人制度中关于非营利法人和特别法人的类型设定;民事权利一般规定关于“权利与义务一致”“权利不得滥用”等原则的添加;民事责任一般规定关于社会责任化的体现(最引人注目的,恐怕是第184条关于紧急救助的免责规定,第185条关于烈士英雄等的死后人格利益受保护的規定)等等。

(二)《民法总则》在推进中国民法再现代化方面也有重要发展

这一方面最主要的体现是主体制度的再现代化。

首先,是主体多元化发展,或者说主体相对化发展。这是当代民法的一种新趋势。20世纪50年代以来,各国司法实践,通过松动自然人、法人概念的适用,同时引入其他主体类型,尽可能地照顾现实中多样化和多层次的主体要求,出现一种主体相对化趋势。现代民法奉行的自然人、法人二元主体理论和体制,是德国民法典所确立的。但是这种二元体制作为一个学理化概念体系的表达,虽然非常清晰,但也过于简化,对于当今越来越丰富的多样化主体需求具有很大的不适应性。自然人、法人的二元设计背后,把真实世界民事主体的丰富性和多样性的要求给简化了、切割了。现在《民法总则》借助立法机会,明确承认主体的多样化,增加了第4章“非法人组织”这个类型,赋予个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的社会服务机构以及法人分支机构等一定的主体地位,适应现实中那些不具有法人资格的商业组织、社会组织对于相应主体地位的需求。当然,大家对纳入哪些相对主体类型有不同的意见,一些人心目中想加入进来的没有加入进来,如未经登记的法人。此外,大家对非法人组织的登记要求也有不同的看法。但是不管怎么样,这是很大的变化。

其次,民事主体再现代化也反映到自然人制度里面。具体的例子,如对胎儿利益保护的认可。《民法总则》第16条是新添规定,规定胎儿以活体出生为限,视为具有权利能力,跟自然人一样具有主体地位。这就把自然人的概念给松动了,软化了,兼顾了自然人生命发展的特殊性,人性化色彩浓厚。这一条也可以覆盖人工生殖的主体问题。这里说一个插曲,人大四审稿最后亮相之前,有关方面要做好《民法总则》的立法宣传,既要达到宣传效果,又要避免引起不必要的争议,影响立法通过效果,所以就预先给人民网、新华社等媒体设定了8个问题,其中就有胎儿利益保护问题。我应邀参加了新华社的宣传录制,在解释胎儿利益保护问题时,只讲涉及遗产继承、接受赠与方面,对于受侵害是否保护问题尽量回避。考虑到某种复杂性,我们没有在条文中直接写受侵害的利益保护问题,而是用了个意味深长的“等”字来概括。那么,胎儿被视为具有民事权利能力,这个包括不包括受侵害能力呢?当然包括,例如受孕期间母亲到医院输液使得胎儿染上了某种病,胎儿自身可以作为主体提起损害赔偿。但是,当遇

到计划生育问题时,在中国应当依据特别法优于民法的规则,对胎儿合法实施计划生育行为的,不得就此提出受侵害问题。不管怎么样,胎儿这条新添规定一出来,意味着主体多样化在自然人问题上也得到体现了。最后审议期间,有人大代表、政协委员朋友想私下听听我的意见,看看有什么还应当添加或者需要完善的,我说在自然人部分,可以加一条自然人死后法律地位的条款,规定自然人死后,其遗体、骸骨、名誉、荣誉等也应当受法律保护。人不是一死百了,现在实践中已经这样做了。后来没有添加成功,对于死者的遗体、骸骨等死后人格保护问题,在立法讨论中也遇到了现实复杂性,在国家快速发展时期的城镇化过程中,必然遇到修路、征地迁坟等问题,较为敏感,所以不如暂时放下,由实践去灵活把握,包括可以援引禁止违反公序良俗等原则加以保护。

最后,则是法人制度的再现代化。《民法总则》在法人制度上有重大的创新,值得特别关注。最大的创新就是从中国现实和法人类型的现代趋势出发,提出营利法人、非营利法人、特别法人的分类,发展了《民法通则》企业法人和非企业法人分类,有意否定了德国民法典中的社团法人和财团法人的分类方案。在《民法总则》的起草过程中,关于法人分类问题存在很大争论,许多学者建议回到德国民法典的社团法人和财团法人分类传统中去。但是逐渐地,营利法人和非营利法人的分类观点显示出其优势,因为无论是从中国的现实基础来看,还是从世界融合性的法人类型发展趋势来看,这种分类都具有先进性和更好的适应性。这种分类也比较好地解决了民商合一的法人分类架构需要。没有采取民法典化的英美国家,采取法人分类实际上就是营利法人、非营利法人,商业组织、社会组织在这种分类中获得巨大的发展空间和活力。

北航建议稿是惟一明确提出这种分类的建议稿,看到这个分类最终被接受,我们感到非常高兴。我们认为,德国民法典社团法人和财团法人的分类,不仅建立在民商分立基础上,而且本身具有很大的局限性和封闭性。它们从成立基础出发,试图淡化法人的价值和功能问题,但是这种回避其实更像是掩耳盗铃。这种分类还具有概念形式上的封闭性,本身也导致了具体类型限制,人为地妨碍法人具体类型的丰富和发展。有意思的是,中国台湾学者王

文宇在《清华法学》发了一篇关于支持这种分类的论文,认为这一分类满足了结社自由。但是我研究得到的实际情况是,这种社团法人和财团法人分类恰恰极大程度地妨碍了具有公益和其他社会意义的法人组织的结社自由和发展。事实上,德国、日本后来都不得不通过发展营利法人、非营利法人的分类,作为实际上更加上位的一种分类架构,通过特别法或者其他方式,赋予非营利法人更大的自由空间,对法典原来的法人架构加以松动甚至抽空。如2006年日本法人制度改革,重点便在为公益法人、非公益目的社会法人的开放发展提供空间。

从中国自身的发展看,从《民法通则》开始就以民商合一为架构,以企业法人和非企业法人作为分类,经过30年的实践后,往前进一步发展为营利法人和非营利法人十分自然,再退回封闭的社团法人和财团法人则明显不现实。19世纪的法人分类概念的封闭性,也适应不了中国今天的法人类型的发展现实,不同国家有自身法人组织的历史基础和文化特点,我们今天不仅面临独特的事业单位的法人化改造现实问题,还面临大量的社会服务机构、宗教活动场所等法人资格特殊需求问题。按照德国的概念,怎么样简单地把我们的事业单位、社会服务机构、宗教场所等装进去呢?所以说,营利法人和非营利法人才是最合适的分类。遗憾的是,《民法总则》

虽然采取了营利法人和非营利法人的分类,但最后做了一些妥协,把社会服务机构法人、宗教场所法人均限缩为捐助法人(没有用财团法人术语),不能不说是一种无奈,特别是对社会服务机构而言,还好我们对于捐助法人赋予了较大的监督权,或多或少具有有利于鼓励开设的效果。

《民法总则》创造性地提出了“特别法人”概念,来揽括颇具中国现实政治经济特色的那些法人,包括公法人,也包括其他特殊经济或社会组织法人。“特别法人”在三审稿阶段横空出世,纳入机关法人、集体经济组织法人、合作社法人、基层群众性组织法人等,适应其法人化改制的现实需要。这是值得称赞的现实智慧,特别是集体经济组织法人,这是极具中国现实意义的,为中国农村改革,特别是农村产权改革提供了及时的组织保障。农村这些年改革改到今天,在集体经济组织的法人确认方面始终是缺位的,这些年来虽然不断进行农村产权、地权改革,但其实这些产权、地权本身并无法人主体依托,导致现实中诸多混乱。现在清楚了,集体经济组织是法人,有关土地权和成员权现在可以在这种法人结构中找到落实了。

《民法总则》当然还有其他许多重要的发展和创新,比如说民事权利、法律行为、代理、诉讼时效等制度方面。限于篇幅关系,在此不赘述了。

DOI: 10.13766/j.bhsk.1008-2204.2017.0166

《民法总则》:意义、创新与问题

刘保玉

(北京航空航天大学 法学院,北京 100083)

一、《民法总则》:编纂意义

说到编纂民法典的意义,涉及新中国成立以来民法典制定的历史进程,这两天我把李建国副委员长在全国人大所作的《〈民法总则(草案)〉的说明》认真学习了一下,发现里面有不少实质性的内容。

这个报告中提到了新中国成立以来,中国共产党和国家曾于1954年、1962年、1979年和2001年先后四次启动民法制定工作,前三次由于政治运动以及意识形态方面的原因,最终没有结果,但1979年开始的第三次民法典起草最后形成了《民法通则》,这也算是一个重大收获。2001年,在李鹏同志担任全国人大常委会委员长期间,九届全国人大常委会组

收稿日期:2017-06-08

作者简介:刘保玉(1963—),男,河南郑州人,教授,博士,研究方向为民法。