



BAIJIALANG WENCONG
百家廊文丛

民法典与社会转型

石佳友◎著

 中国人民大学出版社

法学

本书受中国人民大学科学研究基金项目暨中央高校基本科研业务费专项资金支持

本书为中国人民大学—日内瓦大学种子基金项目的阶段性成果（项目批准号为：16XN0021）

BAILIANG WENCONG

百家廊文丛



民法典与社会转型

石佳友◎著

中国人民大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

民法典与社会转型/石佳友著. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 6
(百家廊文丛)

ISBN 978-7-300-25330-5

I. ①民… II. ①石… III. ①民法-法典-研究-中国 ②社会转型-研究-中国
IV. ①D923.04 ②D616

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 311959 号

百家廊文丛

民法典与社会转型

石佳友 著

Minfadian yu Shehui Zhuanxing

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行部)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京宏伟双华印刷有限公司		
规 格	160 mm×230 mm 16 开本	版 次	2018 年 6 月第 1 版
印 张	25.5 插页 1	印 次	2018 年 6 月第 1 次印刷
字 数	388 000	定 价	80.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

编委会名单

编委会主任 勒 诺 刘 伟

编委会副主任 贺耀敏 刘元春

编委会委员 (以姓氏拼音排序)

冯惠玲 冯仕政 胡百精 刘大椿

孙 郁 王 轶 乌云毕力格 严金明

张 杰 张雷声

序 言

中国人民大学建校八十年，也是中国共产党创办新型高等教育的八十年。从1937到2017，从延安的陕北公学，到晋察冀边区的华北联合大学、正定的华北大学，再到北京的中国人民大学，八十年历史沧桑，斗转星移，中国人民大学始终与党和国家同呼吸、共命运。八十年来，几代学人进行了殚精竭虑的学术探索，在治学方面取得了令人瞩目的杰出成就。

改革开放以来，中国人民大学的学者在马克思主义指导下，努力继承中华优秀传统文化精粹，发扬老一辈学者的笃实学风，同时借鉴了西方学术研究的新方法、新成果，解放思想，大胆创新，有力推动了我国人文社会科学的深入发展。经过数十年的建设与积淀，中国人民大学在人文社会科学各领域内学科门类建设齐全，研究领域日渐拓展，研究水准不断提升，呈现出人才辈出、欣欣向荣的学术繁荣景象。

2017年9月，经国务院批准，教育部等部门下发了《关于公布世界一流大学和一流学科建设高校及建设学科名单的通知》，中国人民大学入选A类一流大学建设名单，哲学、理论经济学、应用经济学、法学、政治学、社会学、马克思主义理论、新闻传播学、中国史、统计学、工商管理、农林经济管理、公共管理、图书情报与档案管理等14个一级学科入选一流学科建设名单。入选学科除统计学为理学学科外，其余全部为人文社会学科。

中国人民大学入选“双一流”建设高校和14个学科入选“双一流”建设学科，既体现了党和国家对人文社会科学的重视，同时也是对中国人

民大学八十年发展成就的充分肯定，是鼓励和认可，更是鞭策和期许。我们感觉肩上的担子更重了。

习近平总书记指出：“人类社会每一次重大跃进，人类文明每一次重大发展，都离不开哲学社会科学的知识变革和思想先导。”如果我们将“双一流”的入选视为中国高等教育在新的历史阶段开启新的征程的信号，那么当前，中国人民大学已经站在新的历史坐标点上。我们需要总结历史，更需要开拓未来。

2016年中，学校科研处的同志与我们谈起，他们准备在校庆年启动一项名为“百家廊文丛”的持续支持工程，希望通过多年连续性的资助，把学校各学科卓有成就的学者所撰写的代表性学术成果择优出版，系统性地展示中国人民大学近年来的整体学术水平。科研处作为管理和服务教师科学研究的机构，一直把提升科研品质、打造学术精品作为部门的责任。但是，客观讲，中国高校的文科科研经费投入还是有限的，怎样把有限的资源配置到最需要、最出成效的地方，是中国人民大学多年来认真思考的问题。为了把“好钢用在刀刃上”，科研处也做了许多有益的谋划，推动了学校科研事业的蓬勃发展。

在校庆年首度推出“百家廊文丛”，具有几层特殊的意义。首先，“百家廊文丛”反映了中国人民大学在人文社会科学方面的深厚学术实力。本年入选的多部著作各具特色，有的资料翔实，有的论述细密，有的条理畅达，有的富有文采，足以彰显中国人民大学近年来的学术实绩。其次，体现出中国人民大学学者群体持续关注和深入研究我国发展面临的重大理论和实践问题的深沉人文情怀。有的学者耐得住寂寞，苦坐书斋；有的学者读万卷书行万里路，遍寻一手数据。再次，丛书是一个对外交流的窗口，在人大学者与国内外的学者之间架起了一个交流的平台。“百家廊文丛”如能持续坚持下去，就是一项规模较大的学术文化工程，值得期待。

大学因学术而显厚重，因学者而富气象。“百家廊文丛”首批推出的著作，选题丰富多元，特别是对基础学科和学科基础中的一些重要问题进行了专题研讨。对于“基础学科和学科基础”的强调和看重，一直以来也是我校科研工作的指导方针。“百家廊文丛”如果能做到叫得响、传得开、留得住，就成功了。好的学术成果一定要能沉淀下来，而非过眼云烟。

习近平总书记《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》指出：“这是一个需要理论而且一定能够产生理论的时代，这是一个需要思想而且一定能够产生思想的时代。我们不能辜负了这个时代。自古以来，我国知识分子就有‘为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平’的志向和传统。一切有理想、有抱负的哲学社会科学工作者都应该立时代之潮头、通古今之变化、发思想之先声，积极为党和人民述学立论、建言献策，担负起历史赋予的光荣使命。”中国人民大学长期秉持立学为民、治学报国的优良传统，始终践行着实事求是的学术良知。不论是在抗战烽火中，还是在建国伊始；不论是遭受了“文革”的磨难，还是在改革开放中凤凰涅槃，中国人民大学的学者一方面坚守书斋、甘于清贫，另一方面又关心国家、民族的命运，关心社会的进步。中国人民大学的命运从来与党和国家的命运休戚相关，而人大学者从来志向远大，他们为构建具有中国特色、中国风格、中国气派的哲学社会科学做出了积极贡献。今天，我们推出这套文丛，正是传承中国人民大学八十年文脉，弘扬砥砺奋进、实事求是精神的有益之举。

“百家廊文丛”的名字，非常契合中国人民大学的实际。因为“百家廊”是中国人民大学校内的著名风景，在李东东同志创作的《人民大学赋》中有云：“百家廊，檐飞七曜，柱立八荒，凝古今正气，汇中外学术。”我们认为，这几句话就是对即将面世的首批“百家廊文丛”的最好诠释。“百家廊中百家争鸣”，这套文丛是献给历经岁月沧桑、培育桃李芬芳的中国人民大学八十年校庆的一份心意，祝愿这所伟大的学校在新的历史征程中继往开来、再续辉煌。

是为序。

刘伟

代序：民法典的“政治性使命”

一、留尼汪、民法典与奴隶制

2017年9月下旬，应法国留尼汪大学的邀请，我在时隔六年后得以再次造访印度洋西部有着“落入凡间的精灵”之称的美丽岛屿——留尼汪岛。某日，当地友人陪我和来访的两位音乐家一起，游览了被联合国教科文组织列为世界文化遗产的玛法特（Mafate）冰斗。在其2190米海拔的马伊多峰上，云开雾散之后，我们得以俯瞰极为壮观的自然奇观。令人惊讶的是，悬崖峭壁之下的山谷中零星分布着几个小村庄，可谓遗世独立的“世外桃源”。当地的友人介绍说，由于地形险峻，村庄至今也没有公路通往外界，其生活品的补给全赖直升机“快递”。正因为如此，这些小村庄在法文中称为“Îlet”，从“île”（岛屿）一词演变而来，形容其为孤岛。如此仙境般的“世外桃源”的历史，却并非田园牧歌式的浪漫，而是令人唏嘘的血腥：远离法国本土上万千米的留尼汪岛（又称波旁岛）自17世纪被法国殖民者占领后，咖啡和甘蔗相继得以引进和种植；殖民者还从西边的马达加斯加岛引入了黑奴。据历史记载，在1804年留尼汪岛上已有逾五万名黑奴。这些黑奴被残酷剥削和折磨，从事极为繁重的体力劳动。自18世纪中期部分奴隶开始了逃亡历程，他们逃至这些人迹罕至的冰斗隐居。这些逃亡奴隶中，最为著名的一位名叫玛法特，他甚至成了逃亡此地的黑奴族群的领袖。面对黑奴的逃亡，白人殖民者开始了疯狂的镇压，他们雇用了赏金猎人进行追杀。1751年，玛法特为赏金猎人所杀害，赏

金猎人割下了他的头颅和右手带回，以恐吓其他的奴隶。1848年法国爆发二月革命，推翻了奥尔良王朝，建立了第二共和国；当年年底，奴隶制在留尼汪岛才得以彻底废除。为了纪念这位黑奴英雄和一个多世纪的奴隶制历史，1853年该冰斗被命名为玛法特冰斗。

然而，与留尼汪岛的历史形成深刻对照的是1804年法国民法典热情洋溢的、具有哲学命题式美感的大量条文规定。该法典第8条被誉为确认了大革命的平等原则：“所有法国人均享有民事权利”；作为婚姻世俗化的结果，第229条确认了离婚自由；第544条被认为是所有权绝对原则；第731条赋予女性以继承权；第1128条禁止人体成为商业交易的标的；第1134条被认为是确认了契约自由原则：“依法成立的契约在当事人之间具有相当于法律的效力”。所以，法国20世纪最伟大的民法学家和战后民法典修订主要的承担者让·卡尔波尼埃（Jean Carbonnier）教授指出：“应该看到灵感来自何方，启发民法典精神的源泉，是大革命。民法典最重要的特征都源自大革命的意识形态……作为1789年人权宣言的民事表达，民法典表达了对自由、平等和人的意志的三重礼赞。”^①

显然，这样的“学院派”经典论断不能完全反映民法典背后所掩盖的事实：至少，如同留尼汪的历史所告诉我们的，在民法典颁行的时候，法国的大片领地仍然保有奴隶制；在那里，奴隶根本不被视为法律的主体而是如同物一样被转让和支配。须知大革命期间，政府于1793年和1795年两次颁布法律废除了奴隶制。^②正因为如此，当代法国法律史学者格扎维埃·马丁（Xavier Martin）在其《拿破仑法典的神话学：现代法国的基石》著作中，以“民法典与法国社会的重构”（Le Code civil et la restructuration de la société française）为中心命题，对拿破仑法典进行了法律人类学意义上极富原创性的“祛魅”式解构。他所称的“神话”正是前述“学院派”的经典论断：法国民法典的哲学基础是启蒙运动所宣扬的理性主义、个人主义、自由主义、唯灵主义等思潮。而格扎维埃·马丁基于大

^① Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome I, Introduction*, 27^e édition, Paris: PUF, collection Thémis, 2002, pp. 136-137.

^② 1793年大革命政府发布的《人权宣言》第18条规定：“所有人……不得出售自我，亦不得被他人出售；其身体不得成为可以转让的财产。”

量的史料所得出的正好是相反的结论：历经了大革命的动荡和恐怖，民法典的起草者怀有深刻的人性悲观主义；在他们看来，人是“欲望机器”（*mécanisme d'appétits*），是典型的物质主义者、感觉主义者，受欲望和冲动驱使而非受理性支配，怀有深刻的自利主义；而这种本能冲动的后果是危险的，因此法律有必要对此加以约束。^① 在其另一本著作《人性与法国大革命：从启蒙时代到拿破仑法典》中，格扎维埃·马丁指出：“拿破仑法典的起草者们希冀散播一些有用的幻觉，他们不过是自身时代的产物，相信为了社会的福祉，应当对民众的内在世界进行操控”；在他们看来，“民法典的目标是，（在民众没有觉察的情况下）于不可辨识的细微之处施加影响，影响民众直至其思想最为隐秘的处所，触及其情感中最为敏感的心弦，以图改变其旧习，让他们接受新习惯；因为立法者最大的秘密在于使公民如同服从自己的意志一样臣服于法律”^②。由此，民法典具有明显的威权主义色彩：对家庭制度的重建的核心在于强调丈夫的权威（《拿破仑法典》第 213 条规定：“丈夫保护妻子，妻子服从丈夫。”）；而对继承制度的重构则是对父权的恢复，其途径是赋予父亲以可遗嘱处分的“自留份”，对继承人构成压力手段。所有这一切都旨在恢复被大革命严重破坏的社会秩序。托克维尔在《论美国的民主》中对此有着精辟的阐释：“在贵族制社会，父亲是家庭的政治领袖、传统的继承人和传代人、习惯的解释者、民情的仲裁人。家庭的其他成员都要认真地听他的话，必须对他十分恭敬，并且完全服从他”^③。另外，与 1789 年《人权宣言》第 1 条“人生来且始终是自由的，在权利方面一律平等”形成鲜明对照的，是民法典第 22 条及以下条文所规定的“民事死亡”制度。该制度可以直接剥夺一个生存的人一切的民事权利能力（譬如被判处终身监禁的罪犯），宣告其法律生命的终止，其婚姻关系终结，财产开始继承。恰如诗人所言：“有的人活着，但他已经死了。”

① Xavier Martin, *Mythologie du Code napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003, p. 453 et s.

② Xavier Martin, *Nature humaine et Révolution française : Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, 3^e édition, Dominique Martin Morin, 2015, pp. 270 - 271.

③ [法]托克维尔：《论美国的民主》，陈天群、赵振一译，455 - 457 页，南昌，江西人民出版社，2013。

二、民法典：社会真正的“宪法”

显而易见，辨识民法典的哲学基础，不能仅依赖法典的条文；更为重要的是要回到民法典起草的社会历史背景中去，发现起草者们对法典化进程所寄寓的政治、社会和文化期许。民法典历来不是一个单纯的技术性法律文本，对于推进法典化议程的政治家而言，民法典是一个国家进行社会和政治重构的决定性文本。正因为如此，1889年德国著名法学家、日耳曼法学派（与罗马法学派相对立）代表人物基尔克在《私法的社会任务》学术演讲中，针对1888年所公布的德国民法典第一草案提出了以下问题：它预示着一个源自德国历史精神的法吗？它对德国人民作了德意志式的表达吗？它表达出法与人民的协调统一了吗？^①它意识到私法法典化的道德与社会意义了吗？它勇敢地面对了当代生活中的问题了吗？从这些基本问题的思考出发，他强调：“如果我们在私法中不再将个体确认为目标本身，则我们就将其制度沦为社会目的的工具，那么，基督教信仰就徒劳地启发了无与伦比的、永恒的个人存在价值，且世界史就白白发展出了自由和正义的思想。”现代法践行契约自由原则，但是，此处的自由并非恣意妄为，而是理性的自由；“依据道德的目的标准，自由同时也是约束；无限制的自由即自我毁灭……今天私法的使命在于，在强者面前保护弱者，在个人的自私自利前保护机体的福祉”。他批评草案过分立足于个人主义，与德国的社会传统不符；他是私法社会化思想的重要推动者，提出应超越传统的公法与私法的划分，建立所谓社会法的概念。因为“私法和公法恰如一个母亲的孩子，它们虽然各自履行其使命，但并非如敌对的兄弟相互争斗，而是始终聚集在一起创造共同的事业”^②。由于学者针对德国民法典第一草案的上述批评，立法机构重新组成了起草委员会并起草了新的草

^① 1888年德国民法典第一草案被指“过于抽象和学究气，类似于一本以立法面目出现的潘德克顿教科书，过于‘非日耳曼化’；它还被批评为过于脱离生活现实，缺乏哪怕一点点社会主义的油”。Csaba Varga, *Codification as a social-historical phenomenon*, Budapest: Szent István Társulat az Apostoli Szentszék Könyvkiadója, 2011, p. 419.

^② [德] 奥托·基尔克：《私法的社会任务：基尔克法学文选》，刘志阳、张小丹译，30、43、56页，北京，中国法制出版社，2017。

案，历经多次讨论和修改，民法典最终于 1896 年得以通过。^① 历史学家曾经这样评价德国民法典的作用：“德国军队在法国战场上所获得的政治统一，现在在私法领域通过和平方式就轻易取得了：一个民族，一个帝国，一部法律。”^②

而就中国当下所推进的民法法典化进程，值得注意的是，我国亦有学者开始关注其哲学基础问题。有学者指出，“民法典的立法哲学，是一个阶段时代精神的结晶，集中展示着一个民族的智慧和境界……中国民法典的立法哲学，可经由具体的法律条文，通过对人的定位和期许的表达，借助协调人与人的关系、人与社会关系、人与国家关系以及人与自然的关系统的基本原则展现出来”^③。无疑，中国民法典的条文与制度构建，必将折射出中国当下的时代精神和哲学智慧，凝聚着中国法学家群体和政治家群体对中国社会转型的期许。不难理解的是，按照中国当下关于社会转型的“顶层设计”，中国民法典的编纂是实现国家治理能力和治理体系现代化的重大举措，是全面推进依法治国的战略性步骤。作为公认的市民社会“宪章”，民法典对于社会转型具有不可忽视的关键性作用。一方面，民法典蕴含了现代社会赖以立足的最基本要素——所有权、家庭和契约被认为是民法典的三根支柱——正因为如此，卡尔波尼埃（Jean Carbonnier）教授指出：法国社会真正的宪法其实是民法典；自两个多世纪以来，民法典始终在发挥效用，而宪法和政体（共和国、帝国、王国等）更替则多达十余次。^④ 雷米·卡布里亚克（Rémy Cabrillac）教授说：“民法典成为法国共同法律遗产的共识性象征”^⑤。民法典通过确认新的法律规则，为新的社会秩序的形成奠定基础。譬如，2017 年《民法总则》中关于法人的分类特别是非营利法人的有关新规则，在总体上就深深植根于中国社会治理模

① Jürgen G. Backhaus, “The German Civil Code of 1896: An Economic Interpretation”, in *European Journal of Law and Economics*, 1998, Vol. 7, pp. 5-9.

② Csaba Varga, *Codification as a social-historical phenomenon*, p. 419.

③ 王轶：《民法典的立法哲学》，载《光明日报》，2016-03-02（14）。

④ Jean Carbonnier, “Le code civil”, in Pierre Nora (dir.), *Les lieux de mémoires*, tome 2, *La Nation*, Paris : Gallimard, 1986, pp. 307-308.

⑤ Rémy Cabrillac, “Les enjeux de la codification en France”, in *Les Cahiers de Droit*, 2005, Vol. 46, n°1-2, p. 542.

式变革的进程；立法者希冀通过新规则促进社会治理模式的转型，既要保持社会的活力，转移国家的部分社会管理职能，又要保持社会的有序可控，维护国家安全与稳定。另一方面，民法典同样具有明显的价值形成和促进功能。在纪念法国民法典诞辰二百周年之际，希拉克总统曾这样说：“民法典，它首先是一些价值：法国社会围绕这些价值而建立起来；在这些基本价值中，法国社会继续寻求其平衡及其凝聚力”^①。2017年《民法总则》中关于社会主义核心价值观的宣示、禁止权利滥用原则的确立、“好人条款”的设立、救助人免责等内容，对于新的价值观体系的形成，显然具有不可忽视的重要促进作用。当然，必须意识到：民法典对社会转型的促进功用也必然有其限度，在总体上，民法典必然与产生其的政治、经济和社会土壤相适应；民法典在发挥整合社会秩序的“准宪法功能”的同时，必然接受宪法原则的辖制和辐射。究其本质，一切法典化都只是对法律渊源混乱的一种技术性回应；法典化可以缓解法律渊源的混乱无序，却无法消除产生此种混乱的政治性根源。民法典对社会转型所产生的影响，也只能在所给定的政治性框架内发挥作用。波塔利斯（Jean-Etienne-Marie Portalis, 1746—1807）早在1801年《关于民法典草案的说明》中就已经指出：“民事法律必须与政治性法律相适应”。

由此可见，民法典的起草者对于法典化的“政治性使命”需要有精深的理解。从法律技术的角度看，法典化的本质在于实现法律渊源的理性化，消除法律主体“找法”的困难。在法律技术层面，法典起草者必须牢记的是：“法律并非纯粹充斥着强制力的律令，它浸透着智慧、正义和理性……切不可忘记的是，法为人而立，而非人为法而生；法律必须适应它所针对的人民的特征、习惯和情况”^②。法典化在法律技术层面的功用主要是实现法律的简化，使得公民可以有效地理解和运用法律，保障其权

^① Discours de M. Jacques Chirac sur le code civil, la modernisation du droit civil, notamment le droit des obligations, l'effort de codification et de simplification des droits français et communautaires et le rayonnement du droit français à l'étranger, in *Les Annonces de la Seine*, le 11 mars 2004.

^② Portalis, “Discours préliminaire sur le projet de Code civil”, in Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen: Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 13.

利；由此，法典化可以确保法律的“可达性”，而这也是法律民主化进程的重要内容。^① 而从法律政策角度来看，民法典的政治使命在于奠定新的社会秩序（所有权、契约、家庭、继承等）。托克维尔极富洞见地指出，民法典中家庭与继承制度的改革给社会带来巨大的变化，父子关系的改变尤为明显；因为民法典贯彻了民主的核心要求即平等，继承平等正是民主的必然后果，继承法正是“使得平等迈出了决定性的那一步”的制度。这样的结果是，“民主制度使得天然联系变得紧密，却使得社会联系变得松弛。也就是说，民主制度将家庭成员之间的联系拉近了，却让公民之间的关系变得疏远了”^②。正是由于民法典在社会转型过程中所扮演的极其重要的角色，捷克自 20 世纪 90 年代开始，在原来的 1964 年民法典和 1991 年商法典基础上通过再法典化手段，起草了一部新的民法典（已于 2014 年生效）。德国著名学者莱因哈德·齐默曼（Reinhard Zimmermann）在 1995 年曾有以下论断：“（从原有体制）向以自由和法治为基础的新秩序的转型意味着社会伦理基础的重大转变；对于这一转变，法院和法学理论界都难以单独完成私法领域所必需的相应调整。必须进行新的立法，而且在性质上必须制定新的法典，不能只是零星的修补”^③。

三、法典化的法律问题与政治问题

正由于负载这样的“政治性使命”，法典化的历史表明，民法的统一比刑法的统一更为艰难。^④ 所以，波塔利斯感慨道：为了铸就一部民法典，法典的起草者需要“某些天赋甚至某种突如其来的灵感，以透彻领悟构建一个国家的全部进程”^⑤。以波塔利斯为代表的法国法学家群体之所

① Sophie Lamouroux, “La codification et la démocratisation du droit”, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2001, Vol. 48, pp. 819-820.

② [法]托克维尔：《论美国的民主》，陈天群、赵振一译，455-457页，南昌，江西人民出版社，2013。

③ Reinhard Zimmermann, “Codification: history and present significance of an idea: A propos the recodification of private law in the Czech Republic”, in *European Review of Private Law*, 1995, Vol. 3, p. 112.

④ Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris: PUF, collection “*Droit fondamental*”, 1996, p. 3.

⑤ Portalis, “*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*”, p. 34.

以能够完成民法法典化的使命，按照托克维尔在《旧制度与大革命》结尾处对法兰西民族性的精彩描述，这可能是因为这个族群长于英雄行为而非德行；长于天才而非常识；他们适于设想庞大的规划^①；以及他们对自由的崇尚。“法兰西民族从未自由到决不会被奴役，也从未奴化到再无力量砸碎桎梏”，他们时刻铭记：“谁在自由中寻求自由本身以外的其他东西，谁就只配受奴役。”^②从法律人类学的角度来看，法典往往会留下特定民族的民族性的烙印。

今天，我们对民法典寄寓这样一种“政治化”的解读，绝不是赋予法典以某种“不能承受之重”，而是要深刻理解民法典对社会转型所可能产生的深远影响。颇为吊诡的是，这种影响往往是在反对和批判法典化的大争论中由一些批评者所触及和揭示的。在2006年关于物权法（草案）违宪的那场著名论争中，有法理学者指责物权法（草案）“以保护个人物权为核心”，平等保护原则“就是将乞丐要饭讨食的棍子和碗与少数人的机器、汽车等都平等保护”；草案的起草是希望完成2004年宪法修正案所没有完全实现的任务。其实，这些批评并非全无道理。民法典对所有权的保护，一方面是现行所有制制度的要求和具体化；另一方面也必将促进所有制制度的发展演进。在这个意义上，我们确有必要重新检视和思考这些批评者的某些论断：“专家（法学家）与政治家要分清……（法学家）毕竟有专业的局限性；而政治家、领导者和权力机关不同，他们应该有政治即全局观点和整体观念”。

法律问题与政治问题的区分，据考证源自萨维尼，用以区别立法与法律科学不同的适用领域。^③萨维尼提出这一区分的用意在于，反对立法者的随意和无所不能，为立法者的作为空间设置一定的边界。今天对这一问题的思考，要回到对法律与政治两大基本范畴相互关系的探究上：政治问题是属于立法政策层面的问题，涉及法律的价值取向；法律问题则是纯粹

① 参见 [法] 托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，246-247页，北京，商务印书馆，2013。

② [法] 托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，247、208页，北京，商务印书馆，2013。

③ Reinhard Zimmermann, “Codification: History and Present Significance of an Idea”, p. 113.

的立法技术层面的问题，其目的在于如何以最优的方式组织和编排法律规范。必须承认二者的区分有时候并不容易。譬如，以时效制度为例，与很多人的看法相反，它并非是一项立法技术层面的制度，而是有着重大政治意义的立法政策层面的基本安排。由于时效制度的本质是一定期间的经过导致权利的丧失，有学者将其称为征收制度的特殊类型。^① 时效制度的价值目标有：防止债务人遭受不当追索、保护第三人免受各种权利负担、保护第三人合理信赖、督促权利人及时行使权利、促进社会秩序平和等。从这个意义上来说，根据《民法总则》第 196 条第 2 款的规定，未登记的动产物权的权利人返还财产请求权应该适用诉讼时效。这一规定凸显了对第三人合理信赖的保护和督促权利人行使权利等效率层面的价值，而忽视了实现社会正义、维护社会秩序平和等公平层面的价值。维护社会秩序的平和尤其需要尊重社会公众的法感情和法信仰，上述条文则明显是对民众法感情的颠覆，难言妥当。造成这种疏失的主要原因在于，法案起草者把本来具有政治性价值的制度简约为一个纯粹的立法技术问题，从而未能对该制度的合法性进行充分的辩论和深思熟虑之后的决断。

在这个意义上，我们不能不同意薛军教授的论断：“民法典编纂固然具有强烈的技术性特征，但不能认为民法典编纂可以脱离实质性的价值判断以及相应的立法政策选择问题。对于这方面的决策，法学家不能越俎代庖，一手包揽，而应该尊重政治伦理中的民主原则，也就是说，涉及实质性的价值判断问题的时候，应该保留代议制机构以制度性的审查和介入的权能”^②。这就是说，政治问题的决断应交给政治家以具有民主合法性的方式去进行，法律问题的处理则应交由法学家共同体。正因为如此，一切成功的法典化都是政治家与法学家两个群体通力合作的结果。以法国 2016 年对债法的修订为例，此次修法采取的是法令（ordonnance）的形

① 参见 [奥] 海尔姆特·库齐奥：《侵权责任法的基本问题》，卷 1·德语国家的视角，朱岩译，316 页，北京，北京大学出版社，2017。

② 薛军：《中国民法典编纂的组织体制问题：结合意大利经验的讨论》，载《比较法研究》，2015（3），37 页。

式，依据的是法国 1958 年《宪法》第 38 条。^① 修法程序大致如下：2013 年 11 月，政府向议会提出以法令形式修法的授权法案（loi d'habilitation）的草案。^② 国民议会通过了此草案，但参议院却反对。随后，根据宪法规定，两院组成了一个专门的人数均等的委员会。2015 年 2 月，议会通过了授权法案。其中，法案规定了政府修法的主要框架和任务：确认合同法的基本原则，简化合同成立与生效的要件，确认意思主义原则及其例外，厘清合同无效的规则，厘清合同解释特别是格式合同解释的有关规则，明确合同对第三人的效力，确立情势变更规则，重组违约救济和单方解约的有关制度，对无因管理和不当得利制度进行现代化改造，引入债法的一般制度并实现其规则的现代化等。^③ 法案要求，政府在 2016 年 2 月 15 日之前必须通过修法的法令；在随后的 6 个月内，政府必须向议会提交批准法令（loi de ratification），供议会审议后批准。根据议会的授权法案所设定的政治性框架，政府（司法部）组织专家起草具体的草案；政府以部分杰出学者所起草的草案（Catala 草案和 Terré 草案及司法部自行组织专家起草的草案）为基础，起草出官方的草案，在公开征求意见后进行完善。最终，包含 280 多个新条文的债法改革法案由法国政府于 2016 年 2 月 11 日公布。^④ 2016 年 7 月，政府向议会提交了批准法令的草案。^⑤ 从这个过程中可以看出，由具有政治合法性的机构——议会设定修法的政治性框架和原则，在这个框架范围内，政府组织具有精深专业造诣的法学家群体来起草草案，草案最后仍然要由议会表决批准才生效；这个过程体现了政治家

① 法国 1958 年《宪法》第 38 条规定：“政府为实施其政纲起见，得要求议会授权它在一定期限内以法令对于通常属于法律范围的事项采取措施。上述法令经征询行政法院意见后，由内阁会议予以制定。上述法令自公布之日起发生效力，但如批准该项法令的法律草案未能在授权法令所设定的届满日期之前在议会提出，则该项法令即行失效。在本条第 1 款所规定的期限届满后，上述法令中有关立法范围的事项仅能由法律加以改变。”

② *Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, le 27 novembre 2013.

③ *Loi n° 2015 - 177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*.

④ *Ordonnance n° 2016 - 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⑤ *Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016 - 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

群体和法学家群体的协作，同时兼顾了政治合法性和专业合法性的“双重合法性”需求。

而反观我国的法典化工程，由于不存在政治问题与法律问题的区分，所有这些问题都交由技术官僚机构去应对。然而，技术官僚阶层却并不拥有对政治性问题进行决断所需的全部民主合法性。由此导致了两个效应：其一，技术官僚机构出于对可能引发的政治责任的担忧与回避，天然地会倾向于采取保守的方案。这在很大程度上解释了他们主导起草的法案为什么“继承有余、创新不足”。其二，技术官僚机构所起草的法案由于包含大量的政治性问题，需要提交具有民主合法性的政治性机构进行讨论和审议，这是草案“合法性补足”的过程。在当代中国的政治性框架中，这种补足过程必然采取大民主的方式，由最高立法机构的近三千名成员来进行集体讨论和论辩。这充分解释了为何此前由法学家群体反复讨论并经全国人大常委会三次审议的《民法总则》草案，在大会期间三分之二以上内容却需要修改。恰如哈贝马斯所指出的：所谓私法自治的范围与限度，需要由公法以具有政治合法性的方式去决定。民法典必定诞生于特定的政治性框架，在内容上也必然纳入特定的政治性原则。这正是民法典政治合法性的表征。

四、让民法变得更“纯净”

一个萦绕在很多人脑海中的疑问是：对民法典寄寓这样的“政治性使命”，是不是会让民法典变得不再“纯洁”？我国台湾著名学者苏永钦教授在一篇文章的结尾处就有这样的担忧和感慨：“我们不要把民法典绿化或再社会化，恰恰相反，我们应该把它变得更纯净”^①。不能不承认，他担忧民法典的“颜色迷恋”和“再社会化”，确实有一定道理。其实，这些问题的本质仍然是民法典如何面对社群主义思潮的兴起的问题：社群主义基于特定群体的特定身份而赋予其特定的法律地位和权利，所以当代民法出现了“从契约到身份”的反动，其最重要的后果是民法典作为基本法的一般性“射程”的减损；特定群体对民法典进行“点菜式”适用的结果，

^① 苏永钦：《寻找新民法》，增订版，535页，北京，北京大学出版社，2012。

是出现了从一部统一的民法典到一部四分五裂的民法典的图景。^①

然而，今天的民法典编纂一定程度上面对的是被工业废弃物严重污染的土壤、充满恶臭的河流、让人呼吸困难的雾霾，立法者如何能对这些视而不见、无动于衷？如何能不在总则中规定所谓绿色原则，在物权编、侵权编中就物的处分限制、环境损害责任等相应制度不作出回应？至于所谓的再社会化的问题，这已然是今天的现实，民法典对处于弱势地位的特定群体（消费者、劳工、承租人等）给予特殊的法律保护和地位，是当代民法在促进社会正义和寻求更大程度的合法性方面的重要表现。以德国为例，2002年在转化欧盟消费品买卖指令的过程中，德国选择了以民法典来转化欧盟指令的模式（而非像法国那样以民法典之外的消费法典来转化）。而德国联邦宪法法院在一系列判例中已经确立了宪法基本权利的第三人效力制度。今天法学界所公认的是，私法第三人同样可能成为侵害基本权利的主体，合同完全可能异化为一方侵犯另一方基本权利的工具。所谓“纯净的民法”，在历史上也许可能就从来不曾真正地存在过；在今天，就尤其不合时宜。法典化编纂行动的最终合法性，必然是面对它在特定时期、特定地域的特定人群的需要；法学既是一种地方性知识，更是一种时间性知识。民法典被打上特定的时代烙印，正好说明法典化行动的合法性来源，说明编纂者致力于解决所处时代所面临的特定问题。“让民法变得更‘纯净’”的复古式主张，在今天听上去更像是某些仍然抱有浓厚古典主义心结的传统学者对于一个存在于想象中的古典“黄金时代”一去不复返的历史命运的某种一厢情愿的乡愁式眷念和感伤。^②

然而，颇为有趣的是，苏永钦教授声称他致力于“寻找新民法”。而面对人格权可能独立成编的大陆“新民法”，他却在书中这样批评道：“人格权可能形成的规范主要大概都在权利的内涵和类型，除了类似物上请求

① 参见 [法] 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（2），10页。

② 这种浓厚古典主义的情怀，在苏教授近期的一则访谈中袒露无疑。从这则访谈的标题《成熟民法典不在于太多烟火式亮点》就可以看出。或许他心目中理想的民法典还是以德国民法典为代表的“成熟的民法典”，而不是今天不断突破古典主义窠臼的“新生代”民法典。参见苏永钦：《成熟民法典不在于太多烟火式亮点》，见财新网，2017-11-09。

权的妨害排除请求权，不会有什么人格权特有的规则，其结果就是勉强把一堆为数可能不太多的、配合侵权行为责任的‘不完全法条’凑起来变成独立的一编。这样的体例不符合蜂窝原则，人格权编有点像没有消化的食物，称之为‘特色’固无可，但显然无法制造实质的养分。”他坦言：“反对单独成编者考量的主要还是这种体系化方式的必要性。”^①

显然，不能说这些批评意见完全没有道理。但是，从立法技术来看，此类观点的偏颇之处在于：人格权并非都是所谓的“不完全法条”；法典体例的编排标准既不是根据“完全法条”，更不是基于所谓的“蜂窝原则”；而所谓的体系性，从来也不是民法典编纂的最高标准；法典化在立法技术层面最重要的使命是法律渊源的理性化，方便主体查找和适用法律。从这个意义上看，很容易理解当代真正的“新民法”在体例结构上的许多创新：1991年荷兰民法典设立第八编运输编；2006年法国民法典增设第四编担保编；2011年罗马尼亚民法典设立七编，即人法、家庭法、物法、继承法、债法、时效与期间计算、国际私法规范。再以深受德国影响的几部晚近民法典为例，2002年巴西民法典的体例为总则和分则，总则包含人、财产和法律行为三编，分则各编分别为债法、企业法、物权法、家庭法、继承法。其中，企业法（营业财产、公司、合伙、商事登记等）的设置显然突破了传统的潘德克顿体系，以公司法的内容为主。而2015年生效的阿根廷新民商法典似乎更加离经叛道，该法典沿袭了德国式的五编体例（第一至五编分别为：总则、家庭、债法、物权、继承）；除此之外，还专门增加了一个第六编，题为“债权与物权的共同规定”，将消灭时效、取得时效、优先权、留置权、国际私法规则等内容整合到其中。这都几乎是一个财产法的总则编了。从传统的潘德克顿法学来看，这似乎是背离正统的误入歧途。但是，比较法学界对阿根廷新民商法典的评价却很高。^②这些都充分说明：民法典从来不存在一个唯一“科学”的法典体系，也不存在一个一成不变的体系。一个真正科学的体系恰恰是开放和与时俱进的。苏永钦教授在书中也不得不承认：经过一百年的试验，德

^① 苏永钦：《寻找新民法》，增订版，85-86页，北京，北京大学出版社，2012。

^② R. Cabrillac, “Le nouveau Code civil et commercial argentin : l'éclatante réussite d'un audacieux pari”, in *Dalloz Recueil*, 2015, p. 2389 et s.