

您现在的位置: >>>首页>>>民法法学>>>论文选粹

民法的第三条道路

——对民法典编纂的批判性思考

孙沛成

上传时间:2005-9-17

浏览次数:3135

字体大小: 大 中 小

关键词: 民法典/诸法合体 /意识形态 /人文主义 /知识与权力 / 改良与革命

内容提要: 民法典编纂始终是大陆法系民法学者和立法者挥之不去的光荣梦想,但是,民法典并不是大陆法系民法的唯一选择,没有也不应终结民法形式理性的历史。民法典本身是诸法合体时代的产物,并承载了太多的意识形态,从人文主义的角度观察,人物混杂的编制本身就是对人文主义的讽刺,隐藏在上述背后的,是民法学者的勃勃野心。从中国民法的发展道路看,从改革开放以来,走的是一条渐进的分别立法的道路,新的民事立法应该遵循这一发展路径,不应将已有的格局连根拔起。

一、引言

2000年10月20日,梁慧星教授在中国人民大学法学院发表了名为《民法典制订的三条思路》的演讲,指出此次民法典编纂大致分为三条思路:一是由政法大学江平和方流芳教授等人提出的“松散式、联邦式”思路,二是由徐国栋教授提出的法国民法典式的理想主义思路,三是梁慧星教授本人持赞成态度的现实主义思路,主张取法德国民法典的五编制结构。(1)针对梁慧星教授的上述观点,2001年4月19日,徐国栋教授在山东大学法学院发表了题为《两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义》的演讲,指出梁慧星教授所谓的三条思路实为不妥,严格地说只有“理想主义”与“现实主义”两条思路,因为“松散式、联邦式”的思路实质上属于“法律汇编”,是一种反民法典的思路,并戏称此种思路是“懒汉的主张”。(2)

本次民法典编纂,虽然八字才刚一撇,但却已经引发了民法学者之间的激烈争论,吸引了社会各界无数的眼球,(3)倾注了人们无尽的笔墨,在徐国栋教授主编的《中国民法典起草思路论战》一书中,称“新人文主义”与“物文主义”的论战是“世界民法典编纂史上的第四次大论战”。奇怪的是,这场争论完全局限于主张编纂民法典的学者之间关于如何编纂的争吵,“松散式、联邦式”思路的主张者却自始至终处于失语的状态,个中原因,笔者不得而知。但从这场论战中不难发现,主张编纂民法典的学术和社会话语力量是如此的强大以至于“松散式、联邦式”的思路根本不堪一击,此种思路在大陆法系根本找不到喘息空间,在学术界的鼓吹和策动下,无论是权力机关还是社会舆论都把编纂民法典视为理所当然,意义非凡,在此背景之下,“松散式、联邦式”思路的命运就可想而知了。

不过,“松散式、联邦式”思路下的法律汇编模式的缺陷也是非常明显的:一方面,它不愿意扔掉民法典的帽子,另一方面又不愿意采用传统民法典的严谨结构,是一种现代版的国法大全。这种思路下的法典编纂行为很难称得上是现代的立法,对于讲究概念的精确性和结构的严谨性的大陆法民法学界而言,显然无法认同和接受。

但是,这种思路提出了一个非常严肃的问题:在大陆法国家,传统的民法典编纂是否是理所当然、天经地义的,在当下的中国,民法典编纂是否是一个绕不过去的关口?

热门文章

- 张玉敏 侵害知识产权民事责任归责原则研究 (2008-5-31)
- 王利明 《物权法》与环境保护 (2008-5-29)
- 邵世星 夫妻同居义务与忠实义务剖析 (2008-5-31)
- 杨利华,冯晓青 著作权扩张及其法律和经济学探讨 (2008-6-2)
- 王竹 我国侵权法上的“公平责任”源流考 (2008-6-2)
- 周珂,张璐 民法与环境法的理念碰撞与融和 (2008-5-30)
- 林旭霞 虚拟财产解析 (2008-5-30)
- 徐海燕 会计师事务所民事侵权责任的思考 (2008-5-29)
- 宁红丽 建立物权变动的新模式的思考 (2008-6-3)
- 吴向红 试论推荐人在推荐作品被认定侵权后的民事责任 (2008-6-1)

专题

- 用益物权研究专题
- 我国未来民法典体系专题研究
- 《道路交通安全法》专题研究
- 虚拟财产研究专题
- 民法法典化专题研究
- “物权法实施研究论坛”
- 民法学与环境资源法学的对话
- 关注《侵权责任法(草案)》
- 《劳动合同法》相关问题专题
- 民法法律物格制度

[更多专题>>](#)

其实，早在1999年，就有学者受国外思潮的影响，提出了21世纪是法典化还是非法典化的疑问。

（4）更有学者认为“民法典是水磨、马车和风车时代的产物，”并从民法典的变动中“觉察出民法典的脆弱性和局限性。”（5）还有学者提出了“民法法典化及其限制”问题，讨论了“现代法学中的法典化危机。”（6）

值得注意的是，这种疑问也引起了法律史学者的关注。2003年4月17日的《南方周末》“法眼”一栏刊登了著名学者梁治平研究员的题为《民法的迷思》的短评，文章一针见血地指出：“民法的基本原则通过一般民事立法也能够得到体现和实现，没有民法典一样可以有民法甚至民法体系……。”同时，文章认为，近代欧洲民法典编纂的两大理由：促进民族国家的统一和法自身内部的统一，在当下的中国，前一个问题已经解决，第二个问题的原因很复杂，既有法学自身的问题，也有社会的原因，诸如腐败和地方保护，这些民事立法无法解决的问题，民法典也无法解决。

上述思路和置疑，虽然在震耳欲聋的制订民法典的喧嚣中微弱的如蝉蚓之细声，但却足以促使人们重新审视发轫于罗马法的民法典编纂传统，重新审视当下中国的社会发展与民事立法的关系。作者认为，民法典编纂本身包含着严重的缺陷，但是，由于大陆法系国家在这种传统中浸淫太久太深，丧失了对民法典编纂的反思和批判能力，将民法典编纂视为理所当然、天经地义的事情，民法典已经被神话，人们能做的就是它的脚下顶礼膜拜，讴歌赞美，偶尔有不同声音发出，也即刻就被淹没在对民法典的肯定和赞美声中，以理性主义哲学为编纂基础的民法典走上了一条非理性的癫狂之路。在就连上帝也早已经死了的今天，我们有理由思考民法典编纂是否是唯一和最优的选择。作者认为，基于民法典的缺陷和对其功能的正确认识，从当下中国的现实出发，在上述法典编纂和汇编思路之外，在《民法通则》的统领之下开展民事单行立法，是一种在大陆法的民法范畴内既具有中国创意又切实可行的选择。

二、法典崇拜与“诸法合体”的民法典

众所周知，罗马法是属于诸法合体时代的法律。其发轫之初的立法—十二铜表法，就既包括诉讼法又包括民事法，还有刑法和行政法。（7）一直到罗马法发展的顶峰同时也标志着其发展结束的《国法大全》同样也是诸法合体。（8）虽然我们可以在《法学阶梯》看到罗马人明确提出了公私法的区分，（9）但罗马人在法典编纂时并没有遵循这一标准。当然，罗马人所处的时代决定了其立法的体例，这一点无可指责。

中世纪的学术研究以古典文化的成就为蓝本，由于古典文化与基督教思想联系密切，导致法学研究将其最高目标与基督教的信仰相一致，因此，由于基督教的信仰将教义和真理尤其是上帝的启示作为一切知识和信仰的最后依据，应有最高权威，丝毫不得怀疑，这就使当时的法学家将《国法大全》尤其是《学说汇纂》当作“成文的理性”，认为其与圣经一样在社会规范上享有同样的绝对权威性。随着罗马法复兴所兴起的研究罗马法的第一个流派—注释法学派基于对罗马法权威的信仰，以极其严肃谨慎的态度，对《国法大全》进行逐字逐句的训诂工作（当然，在罗马法复兴的初期，这种研究是必要

的，也是不可避免的），（10）虽然后人对罗马法如此崇拜的首要原因在于罗马法自身的所取得的辉煌成就，但正由于其高度的成就，再加上基督教的影响，导致了后人对其的非理性和无节制的崇拜。其后的评论法学派和人文法学派虽然各具特色，但无不以罗马法文本的权威性为基础，其中，

“在人文主义法学派时期，法学家们高举‘返回原文’的旗帜，以文艺复兴的人文主义为指导思想，着重研究罗马法的本意，讲究获得罗马法的历史知识，他们强调罗马法是人类法律的基本渊源，但是却反对评论法学派为了实用而曲解罗马法，反对他们用拙劣的拉丁文，不顾文采和历史敏感，他们更愿意把罗马法看作一种历史现象而不是现行可以适用的法律。人文主义法学派克服了评论法学派以自我为中心解释罗马法的倾向，恢复了罗马法的系统体系……”（11）

至于近当代的民法典编纂运动，正如查尔斯·舍曼所说：“就整个19世纪和20世纪法典编纂来说，现代立法机关在很大程度上可以被看成是优士丁尼庞大的罗马法机关的翻版，前者只不过是适应时代的需求，批上了现代语言的外衣而已。”（12）

当然，欧陆国家如此继受罗马法，从历史的角度看，也有其合理性和必然性。12世纪城市和贸易的兴起之后，对于法律的渴求只有罗马法能够满足需要，依照罗马法的规定和模式立法也就成为一种理所当然的行为。更为重要的是，中世纪之后的欧陆国家政权林立，国家四分五裂，并由此形成了形形色色的法律，如各地的习惯法、封建法、庄园法、城市法和教会法，以至于造成了伏尔泰所说的每到一驿站换马时便要适用不同法律的状况，因此，统一国家法律便是一项急迫的任务，在近代民族国家的形成过程中，民法典的制订更是与建立民族国家，确立统一的世俗政治权威联系起来。无论是《法国民法典》还是《德国民法典》，无不如此，鉴于这方面的情况已经为法学界所熟知，在此不再予以赘述。很显然，这两个问题，在中国并不存在。

由此可见，后世对罗马法的继受过程是具体制度和法典结构的双重继受，贯穿于其中的是世人对罗马法的无限崇拜。无论在学术还是立法层面，罗马法的公私法划分都被后世的大陆法国家所接受，并将公法和私法在法典编纂时完全分开，这当然是一种进步，无可非议。但是，这种作法的缺陷在于，仅仅是严格贯彻了罗马法的公私法的划分，并没有在私法之下对法律部门作出进一步的划分，这是在罗马法继受过程中对罗马法诸法合体结构没有完全清除干净的结果，其深层的原因就是对罗马法的迷信。

值得注意的是，即使在断然拒绝公私法划分的社会主义的前苏联，也摆脱不了对罗马法体系的崇拜和迷信。据上个世纪50年代曾经留学苏联学习法律的江平教授回忆，“在莫斯科大学的时候我还要学罗马法，还要学拉丁文，我看这也是当初苏联民法的特点，它可以批判沙俄的民法但它极度崇拜罗马法，俄罗斯自己认为是东罗马帝国法律体系的，苏联民法的体系还是按照罗马民法的体系制定的。”（13）以前苏联为代表的社会主义国家虽然坚决否认并严厉批判公私法的区分，并将婚姻法、劳动法和土地法驱逐出民法，但仍然无法走出民法典编纂的圈套，编纂民法典成为民法学者和国家的共同的难以名状的情结。

1949年以来，随着新中国政权朝向苏联一边倒，苏联老大哥对民法的崇拜同样传染给了新中国，分别于50和60年代两次进行民法典的编纂工作。以商品经济的民法调整对象理论闻名的佟柔先生认为民法在发展过程中，其内部也经历了一个由诸法合一向诸法分立的过程，不属于商品关系范畴的部分不断被分离出去，如婚姻法和继承法，不应把婚姻关系、劳动关系、商品交换关系和继承关系混为一谈。

（14）但遗憾的是这种思想本身贯彻的并不彻底，仍然试图以庞杂的交换关系为基准制订民法典，最终未能摆脱对“典”的崇拜。改革开放后，借助台湾地区民法，又以极快的速度重新回归德国式的民法传统和框架，从一个姓社的“典”的怀抱中刚刚挣脱出来，又一头扎进姓资的“典”的怀中。“松散式、联邦式”思路同样也是这种崇拜的产物，它同样对民法典恋恋不舍，虽然拒绝传统的民法典编纂方法。

公私法的划分方法，确实必要并且具有科学性，但是，法律部门的划分，不应就此止步，更不能以此作为法典编纂的根据。与民法典形成鲜明对比的是公法，由于公法发达于近代，诸法合体的立法模式已经不适应社会的需要而丧失了存在的空间，其法律部门划分和立法体例就因迎合了这种需要而具有充分的科学性：在宪法之下，划分为刑法、行政法、行政诉讼法、刑事诉讼法和民事诉讼法，其中行政法由于调整社会关系的广泛性而又包括众多的部门法。倘若按照民法典的逻辑，就应该以公法基准为统领，编纂一部公法典了，相信没有人同意这种作法，仅仅就此来看，以私法为基准编纂民法典的作法的不科学性就已经很明显了，民法典中的债法、物法、亲属和继承等内容都已经非常发达细密，具有自己的鲜明特性和独立体系，完全有独立出来的可能和必要。

如果说依据公私法的基准来进行法典编纂的作法在诸法合体的时代和近代民法典编纂由于囿于上述特定的环境而还有情有可原的话，在当今的时代如果仍然将这种作法认做不二法门就令人生疑了。公私法的区分在现代法学中仅仅属于对法律所作的众多的宽泛分类中的一种，正如实体法和诉讼法的分类一样，在此之下还有更加详细具体的部门法，不应该再以私法作为基准编纂民法典，正如没有人同意以实体法或诉讼法为基准编纂法典一样。在当代，法律体系的基本结构应该是以宪法为首，再按照公法和私法的标准作进一步的划分，公法之下包括刑法、行政法和诉讼法等，行政法和诉讼法再作进一步的划分，私法可以再划分为民法和商法，再民法之下再划分出合同法、物权法、继承法等，商法之下细分为公司法、票据法、海商法等等。这种法律部门划分方法既继承和尊重了传统，又不拘泥于传统，能够充分适应现代社会关系高度发展的需要。现代社会中社会关系的高度发达，导致一方面新的部门法如社会保障法、环保法纷纷成为出现，另一方面，在法的部门划分上，要求采用更加精细的口径，依据宽泛的私法标准来制订民法典已经不合时宜。在法律和立法越来越细密的今天，以这种新的标准和要求来观察，就会发现民法典已经成为一种现代版本的“诸法合体”，理应与与时俱进。

另外，民法典的这种把庞杂内容编纂在一起的作法，在大陆法系内部，被认为一大好处是方便寻找法律。这是一种牵强而不堪一击的理由，如果没有民法典，寻找法律的难度至少也不会增加。在作者看来，这种作法对于法律的修改简直是一大灾难。因为民法典如恐龙般庞大的身躯导致每做一次小小的修改，就意味着民法典的修改，这对法典的稳定性构成极大损害，有损法律的尊严。由于民法典内容的广泛性和现代社会关系的快速变化与发展，导致经常需要对相关内容进行修改，这种频繁大量的变动是民法典不能承受的，最后的结果就必须在民法典之外发展出大量的特别法，久而久之，民法典的重要性就会下降，并落后于时代的要求，在很大程度上成为花瓶和古董。

国内关于民法典编纂的理由很多，但最主要的都是集中于民法典基于理性和人文精神，以权利为本位，高举人格平等、意思自治的大旗，反对专横的国家权力，尊重人、保护人，使人成其为人；民法典是市民社会的一般法，是市民社会的宪章，和公法中的宪法处于比肩而立的地位并防御、遏制国家的入侵。（15）被经常引用的孟德斯鸠的“在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个国家”（16）这句话可以作为这种情绪的经典表达。

诚然，以自由（个人）主义哲学为根基的民法确实对于保障公民的权利、自由和财产意义重大而深远。它反映了民法学界力图以民法典作为中介和标尺，来推进和弘扬启蒙运动的宏大理念，以此来改造中国社会的良好愿望和雄心。但是，对民法的这种作用不宜过分夸大，应该对民法的作用进行客观公允的分析（对民法作用的抬高本身就令人怀疑民法学界的自我膨胀和攫取话语权力的考虑）。

其实，近现代以来，随着专制社会的解体和民主宪政政体的确立和流行，不单是民法，整个法律的精神气质都从封建社会的“轻视人、蔑视人、使人不成其为人”（17）血腥镇压型法向尊重人、保护人、使人成其为人之法转变。很难想象规范行政行为的行政程序法、以罪刑法定为主臬的刑法和规范、限制司法机关行使刑事侦查、控诉、审判与执行权力、保障公民人身自由的刑事诉讼法等法律就不如民法重要。正如黑格尔所说：“法的基地一般说来是精神的东西，它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成法的实体和规定性。”（18）因此，在近代以来的法律都具有这种特征的情况下过分强调民法的这种作用和色彩，显然是错误的。

从民法精神的承载文本来看，并不是只有民法典才能表达这种精神或表达的更精美，单行的民事立法完全也可以精美地表达民法的立场。民法作为一种裁判规范和行为规则，不同于宣言式的宪法，虽然它也需要展示和表明其基本原则，但它的精神主要通过一个个具体制度表现出来，况且，作为对以启蒙运动所倡言的宏大叙事为特征的现代的反思和批判，后现代思潮的兴起使整体主义的思路早就已经在西方遭到了严厉的批判和考问。从我们目前的发展来看，虽然只有民事单行法，但毫不客气地说，我们对民法精神的弘扬和贯彻丝毫没有受到阻碍，民法典并不是宣示和弘扬民法精神的唯一和最好的管道，目前采取单行民事立法的方式完全可以胜任，没有必要再非要走别人已经走过的路。

从民法典和市民社会的关系看，将民法典对市民社会的重要性抬的如此之高显然不当。首先，将民法典和市民社会设为对应关系是错误的，民法典只是大陆法独有的现象，在英美法国家，仍然有市民社会但却没有民法典，但市民社会同样甚至更发达、更有活力，我们所说的民法的精神依旧甚至更加充盈、盛大。其次，从结构上看，把民法典作为市民社会的宪章是不合适的。民法典的结构主要分为人法和物法两大部分，人法主要包括人格权和亲属，民商合一体例下还包括公司等商业组织，物法主要包括物权、合同、侵权和继承，另外现代的民法典还有可能加上知识产权法。除了亲属和自然人人格权，民法典主要处理的是商业关系，这和市民社会的复杂结构是不能相提并论的。现代意义上的市民社会概念由黑格尔最先明确提出，他认为，市民社会由三个环节组成，第一个是通过劳动使个人得到满足的需要的体系，第二个是司法对所有权的保护，第三个是警察和同业工会。（19）由此可见，在黑格尔的体系中，民法典的内容只和第一个环节有关，司法对所有权的保护和警察均属于国家的范畴，而同业公会则和民法无关。同时，从黑格尔的体系中，我们可以处处发现国家的身影几乎无处不在，市民社会离不开国家的支持和保护，民法典是市民社会宪章的说法显然是一厢情愿。马克思在黑

格的基础上，认为市民社会是“私人利益体系”，包括经济、社会和意识形态三大结构。在当代，市民社会的概念又有了新的发展，一些学者主张把国家-市民社会的二分法用国家-经济-市民社会的三分法加以取代，主流的观点主张把经济关系从市民社会排除出去，认为市民社会主要应由社会和文化领域构成，著名学者帕森斯、葛兰西、哈贝马斯等均对上述观点作出了重要贡献。（20）美国当代几位国际政治学者认为，“市民社会是一个独立于国家和市场的组织与活动的领域。在这个领域里，公民可以组织起来，追求对他们个人或集体而言重要的目标。市民社会的行为者包括慈善团体、教会、社区组织、社交俱乐部、民权游说集团、家长—教师协会、工会、贸易商会，以及许多其他部门。”（21）由此我们可以发现：在传统的市民社会的概念下，民法对市民社会的调整主要集中于交易关系，在当代，民法面对的是其主要内容所调整的部分被驱逐出市民社会领域，市民社会从一个统摄经济和社会的概念向文化和社会的方向转变，在西方，主流的观点已经将民法所调整的内容和市民社会至少基本分开。

必须注意的是，在宪政体制确立的国家，由于宪法的根本法地位，法的价值和精神被集中在宪法中予以宣示。随着以违宪审查制度为代表的直接依据宪法裁判制度的确立和流行，直接利用宪法来保护人权也越来越成为宪法的重要功能，所谓“宪法的司法化”已经成为当代宪法的基本特征。在此背景下，现代法律的精神集中在宪法中昭示，由于宪法的最高法地位，其他各个部门法均处于宪法的原则和精神的覆盖范围之内，各个部门法的任务是根据宪法确定的原则和精神来具体规范、调整社会生活并不得和宪法所昭示的原则和精神相背离，这样，民法的意识形态功能空前淡化，技术性越来越成为其主要特征和功能。

当然，在宪政发育不良的国家，强调民法的精神价值并将其与市民社会的成长和建构联系起来具有特定的背景。由于宪法应有功能的缺失，社会无力从正面直接面对非理性的政府权力，只能采取“曲线救国”的方式，从边路下底传中，民法在相当的程度上发挥了宪法应有的功能，以确认、保护公民的权利和自由，规制、狙击政府权力的泛滥。《民法通则》在1980年代出台后即被国际上赞誉“中国的人权宣言”就最好地说明了这一点。这就是民法学者包括一些非民法学者的良苦用心。但是，民法的这种作用是有限而脆弱的，它必须小心翼翼，将所有的一切控制在现有权力能够容忍的范围之内，以使权力握有者认可、批准它的每一步行动，同时，它还必须承认掌权者的特殊地位。在这种博弈中，底线是清楚而明确的，局面稳定平衡的前提是维持、不越过这条线，所以，民法所能发挥的宪法作用最多在特定的领域使权力变得温和一些。“县委书记的名誉权”现象所昭示的正是这种困境，问题的实质，正如该文作者所说，不在于民法起草或者修改宪法，而是系于宪政理念的改造，是一场艰巨的政治生态重建，一言以蔽之：宪政重建。（22）季卫东教授针对此次民法典编纂的最大重点在于改变所有权结构以及相应的财产关系，以便形成更有效率的资源分配方式时就一针见血地指出：“试图在回避国家权力结构的改造或对政治体制的讨论的状态下制定先进的物权法只能是一厢情愿的浪漫。何况民法典本身并不具有天然正当性，人们也未必总是能在“民法”与“民权”之间划上等号（曾几何时，路易十四还热衷过编纂相关法典的计划呢）。”（23）更有学者一针见血地指出，在权力没有得到有效规制而所谓的“管理法制”过度膨胀的状况下，民法典会沦为“沙滩上的游戏”。

（24）

从民法史的角度看，民法和国家的关系常常是很暧昧的。在罗马时代，伴随罗马法的发展、繁荣的，是罗马政体由君王制到共和制再到君主制。在《法学阶梯中》，查士丁尼开篇写到：“皇帝的威严光荣不但依靠兵器，而且须用法律来巩固。”（25）可见，罗马法已经成为加强君主统治的一个重要工具。中世纪罗马法之所以被意大利和德国继受，一关键因素之一是罗马法的绝对集权理论最为有利于

君主专制政体，而共和政体的瑞士由于是共和政体，政府和人民反感罗马法的专制集权理论是瑞士没有继受罗马法的主要因素之一（26）法国民法典是在大革命失败拿破仑称帝以后由其命令制订的，（27）德国民法典也是在君主专制时期制订的。日本民法典和大清民律的制订更是将民法作为挽救君主专制的工具来使用，至于前苏联等国家制订的民法典也是人所共知的。由此可见，民法的意识形态的功能是很弱的，在宪政缺失的社会它不得不匍匐在威权者的脚下，在宪政建立的国家，它又不得不让位于宪法。

四、人物混杂还是各走一边：民法如何才能更好地贯彻人文主义

徐国栋教授把自己主张的“理想主义思路”称为“新人文主义”，把以梁慧星教授为代表的“现实主义思路”称为“物文主义”，坚持以重要性为标准，坚决主张民法典的结构安排应该采取法国民法典的人—物结构，批评德国式“物文主义”的物头人身结构对人的淹没和贬低。（28）无论“现实主义思路”阵营如何辩解，（29）徐国栋教授的批评还是击中了德国式编制的要害，即使从法典的逻辑而言，人的规定相对于物的规定的优先地位不会也不应改变，德国民法典的将人的规定置于债和物权之后的作法从人文主义的角度来看，确实给人留下了口实。

但是，二者之间的争论毕竟属于民法典内部的争吵。在这个问题上，一个更加有疑问的问题是：在现代版的诸法合体的民法典中，这种把人的规定和物的规定杂糅地堆积在一起的作法是否本身就存在问题，把人和物并列在一起难道不有损人的尊严吗，难道不是一种淹没人、贬低人的作法吗？如上所述，民法典本身就是后世对诸法合体的罗马法加以无限崇拜的产物，在此背景之下，无论是理想主义的思路还是现实主义的思路都将是一个人物混杂的结构，虽然在此结构内人物是一种支配和被支配关系，但关涉人格尊严、人身自由与人伦的人格权法、亲属法和表现赤裸裸的对财产的占有与交易关系的物权、合同和侵权法等混杂在一起的事实，在当今的时代本身就是令人尴尬的，特别是在德国式编制下更是把物的规定生硬地压在人身上。民法典的这种格局本身就是对人文主义的莫大讽刺和损害。罗马私法的精华就是以精湛的技艺表现了商品交易的规则，近代民法典首先并且主要反映了资产阶级的愿望和利益，无论是法国民法典和德国民法典，主要的和核心的内容是与财产有关的，说民法典浑身充满了铜臭气并不为过。

20世纪中期以来，随着人权意识的高涨，民法中的人格权内容也开始发展起来。在我国的民法理论和实践中，人格权的崛起是改革开放以来中国民法发展的一个重大成果，无论在理论上还是司法实践中均取得突破性的进展。（30）因此，人格权从侵权行为法中独立出来应是我国民事立法的发展方向。人格权法在民法中的崛起更加凸显了这种尴尬局面，民法典的这种结构是不利于更好地弘扬民法的人文主义精神的，采取单独立法的方法以避免这种糟糕局面应是更好的选择。

徐国栋教授注意到了古典民法中，“把身份关系从民法典中分离出去，是一种由来已久的、顽固的理论和立法倾向。”从孟德斯鸠、黑格尔、19世纪的意大利法学家皮萨内利到马克思等均如此主张。（31）理由很简单，一个是“爱”的理论，即伦理关系，不讲究利益的精确计算原则，一个是财产和交易关系，讲究利益的精确计算，存在着经济人的假设。徐国栋教授认为：

“我们可以发现，两个领域的区别确实是存在的，但它们的区别并没有想象的那么大。在亲属法中，同样存在着经济人假说，不然扶养义务之履行，何以要以权利人有必要、义务人有可能为条件呢？何以要在亲属法中设立那么多的保障配偶双方独立利益的夫妻财产制呢？而且在亲子关系上，还有某些作者把养育子女的行为理解为为将来储蓄财货留着慢慢吃。我们可以这么说，在亲属法中，贯穿着弱度的经济人假说，人们并没有爱得不可开交，而是经常地进行着利害的计算；而在民法的财产法部分，贯穿着强度的经济人假说，尽管强弱不同，两者是可以在经济人假说的基础上统一起来的。”

这番辩解是经济学帝国主义化的理论表现，虽然亲属法中也调整财产关系，但其本质属于伦理的世界，这一点是不容否认的，亲属法和民法典中的其它部分的本质区别就在于此，亲属法从民法典脱离的根据正在于此，徐国栋教授的话显然属于狡辩。另外，值得高度关注的是，徐国栋教授近年来一直批判商品经济的民法观，鼓吹人文主义，反对物文主义，但在此处却以经济人假说将民法的各个部分统一起来，显然自相矛盾。

虽然民法和现代法律的基本精神都是属于人文主义的，但是，正是在这个背景下，人物混杂的编制体例越发显得刺眼，散发出一股浓重的资本拜物教的腐臭，在此，我们不得不佩服马克思的深刻和犀利。或许，俄罗斯对待新民法的态度可以让我们清醒一些，虽然俄罗斯在1990年代政治体制和意识形态完全改变，但并没有将亲属法机械地搬进民法典，而是仍然坚持以前的作法。（32）这是值得引起我们注意和深思的。我们也根据马克思的教导以苏联为师将婚姻法从民法中分离出来并一直保持到现在达半个世纪之久，在民法典出台之前并将继续有效，为什么提交给立法机关的民法草案中却包含了亲属编而将这一有效的作法取消？这种朝秦暮楚的作法令人生疑。

五、民法学者与民法典：一个知识与权力的简单分析

众所周知，大陆法系的法又称为法学家的法，法学家在法律知识的创造和立法中发挥着举足轻重的作用。在民法传统中，更是存在着知识与权力的异乎寻常的紧密结合关系。

在罗马法的发展过程中，从奥古斯都大帝开始，赋予某些著名法学家“法律解答权”，最为著名的是帕比尼安等五大法学家的解答和著作被宣布具有法律效力，法学家的知识和观点直接等同于法律，这样，法学家和立法者、知识和国家权力就直接结合在一起。《国法大全》既包括皇帝的敕谕，也包括《法学阶梯》这样的法学著作。福柯说：“权力和知识是直接相互连带的；不相应地构建一种知识领域就不可能有权力关系，不同时预设和建构权力关系就不会有任何知识。”（33）在民法传统的源头，我们发现了这种惊人的知识—权力关系。

中世纪的德国，一方面法律教授转入行政机关担任公职为极平常之事，而且，由于其出具的法律鉴定

书深得法院与诉讼当事人的信赖，导致法院将全部卷宗移到法学院，法学院不仅出具法律鉴定书，还附带提出判决意见，法院径直依此宣判，逐步形成了“卷宗移送制度”。（34）在这种制度下，法学教授是事实的法官，法学院是实际上的上诉法院，法官和法院是十足的傀儡，在这里，知识就是权力，教授控制、淹没了法官，法学院控制、淹没了审判机构，法学院成为权力的真正中心和泉源。潘德克顿法学不仅仅成就了一个民法学派，最重要的是其从一个学术文本直接转化为立法文本—德国民法典，知识和权力仍然呈现为一种对应和共生关系。从法国民法典来看，情况亦是如此。在《论波蒂埃的生平与著作》中，迪潘（Dupin）指出，法国民法典有四分之三的内容来源于其著作。（35）即使在民法典编纂完成后，知识和权力的直达通道仍然敞开着，一些国家的民法典明文规定最后的法源为主流的理论和学说，即使在缺乏此规定的国家，支撑民法典的理论学说仍然直接支配着法官的思考和裁判。

近代民法典的编纂，使民法知识和国家权力直接结合在一个具体、稳定的具有宏大结构的文本里，国家依此表明其立场和权威，行使裁判权力，民法学者依此展示专业知识和学说体系，并据此维持、完善其知识和体系，权力和知识一起惬意地栖居在由学术和权力共同建构的气势恢宏的民法宫殿里。庞大的规模和严密的结构使其如军队的方阵般森严规整，意象清晰，咄咄逼人，依托国家权力创建一个法律方阵成为民法学发展中必须完成的具有标杆和终极意义的任务，没有权力支撑的方阵，在民法学者看来，民法学就永远只能是一个软体动物，就永远不会成熟。在还没有民法典的大陆法国家中，民法典就成为民法学者的心病，民法典一日不出台，他们就感到自己无立锥之地。实质意义上的单行民事立法仍然满足不了他们的胃口和野心，他们真正想要的是形式上的民法——一座巍峨庄严的“帝国大厦”。

在中国的语境下，目前的碎片化的民事立法局面是民法学者们无法接受的，其民法知识虽然早已经和权力媾和，但他们的野心显然不满足于这种细碎化的知识和权力，他们渴望的是具有强烈视觉刺激的方阵和能够令人肃然起敬的无上权力，渴望居住在气势恢宏的宫殿中，这样才能和宪法比肩而立，称兄道弟。

六、当下中国的民法发展：革命抑或改良

晚清以来，“革命”成了中国社会的主旋律。体现在法律上，晚清的现代法典编纂彻底终结了有几千年历史的中华法系。至国民政府时期，以大清民律草案为蓝本的民国民法典终于生效，但是，随着国民政府在大陆的崩溃，新中国又以革命的名义将民法典在内的《六法全书》予以废除，“另起炉灶”、“一边倒”，转而追随苏联模式，从言必称希腊走向了言必称苏联。谁知世事难料，1970年代末期以来，在改革开放和改革也是一场革命的大旗下，再次回到了言必称希腊的状态，急速滑向德国模式。此次民法典编纂过程中，理想主义的思路和现实主义思路的交锋则又标志着法国式结构对德国式结构的挑战，完全是“希腊人”内部的争论。如蔡元培先生所说，留德者，培养出来的是德国学者，留法者，培养出来的是法国学者，徐梁之争的实质是法国民法和德国民法在中国迄今为止次数很少而又激烈异常的一次交锋。虽然我们必须甘作小学生，虚心向西方学习，必须“希腊化”，但是，在强大的西方文化面前完全丧失自我，丧失思考的能力，全盘照搬，并不是一种好的征兆。

近代以来，东西方之间的交流是以西方文化和模式为坐标的不平等的单向交流，西方是输出方，居于主动、控制的地位，东方是输入方，居于被动、受控制的地位，这导致东方很容易机械模仿西方、抄袭西方的文本。而且，在全球化日益加深的背景下，由西方跨国资本主导制订的游戏规则还带来了无法抗拒的文化强制性。“强势国家和民族不仅成为当今整个世界经济活动的决策者，而且还‘自动地’担当了全球文化的领导者角色。这样，文化帝国主义的扩张实际上便取消了原有的世界文化空间分布格局，重新形成了一个以西方为‘主导叙事’的固定空间；在这个空间中，文化自主成了一种遥远而不可实际享有的奢侈。”经济上的依附导致落后国家在自身内部产生了“文化无力状态”，导致文化自主性的急剧瓦解，丧失了文化的发言权，而且这种丧失还被标上了“进步的”标签。（36）

在经济和文化的双重挤压之下，被挤压的一方不仅无法思维，机械地附合、追随西方的节拍，更为重要的是，由于专注于“凝视”西方，以至于忘记审视、反思自己，轻视自己，对于自己缺乏信心，一切以西方的标准和模式进行裁剪，对于自己的经验处于“失明”和“无语”的状态。任何一方在自己的实践活动中，即使在西方强大的经济和文化霸权之下，都会形成自己的独特经验，这种独特经验一方面反映出本民族的独特个性和要求，另一方面又往往蕴藏了新的发展模式和道路，预示了新的发展方向。如后所述，改革开放以来，我们国家走上了一条渐进式的经验主义的发展道路，立法的特征因此是成熟一个制订一个，这是我们自己的独特经验，本应值得珍惜，但传统的民法学家仍然痴迷于制订民法典，其原因虽然很多，但在笔者看来，后殖民心态恐怕是不可忽视的重要因素。

以萨维尼为代表的历史法学的合理性在于，在面对法国民法典强大的话语霸权时，敢于说不，坚持民法典是本民族社会生活的产物，走自己的道路。设想当年德国如果没有萨维尼的“抵抗”，根据蒂博的建议，用三到四年的时间，经由“举国一致”的努力，以法国民法典为蓝本制订出一部民法典来，哪里还会有潘德克顿法学及其立法作品—德国民法典。在当下的中国，我们必须认真考虑这一点。我们的民法编纂思路应该以当下中国的社会生活为出发点，在学习他人的同时不能放弃必要的“抵抗”，应该尊重既有的成果和社会制度设施，并在此基础上加以修改完善，不应该无视现实，另起炉灶，以民法典所代表的宏大的整体主义将既有的结构连根拔起。

1970年代末期以来在邓小平先生主导下的中国改革，其最大的特征是果断抛弃清末以来的不断革命思维和模式，以经验主义的审慎心态和稳健方法来寻求中华民族的现代化道路，“摸着石头过河”正是这种道路的形象写照。现在，这种渐进主义的改革模式给中国带来了初步的繁荣，在未来的发展上，恐怕这也是我们最好的也是唯一的选择。在上述社会大背景下，中国的立法包括民事立法也走上了这一条道路。70年代末到80年代初的第三次起草民法典的失败标志着法典整体建构主义至少在民事领域的不合时宜和结束。“成熟一个制订一个”、“宜粗不宜细”（当然是就法律制度的初创阶段而言的）的立法思路洋溢着经验主义的精神及其智慧，这已经成为我们宝贵的财富。渐进式的社会和立法发展模式已经深深镶嵌进我们社会的肌体之中，革命式的民法典编纂已经不符合中国社会的发展模式。目前，我们已经拥有了婚姻法、合同法、继承法，物权法也在积极制订之中，将来再佐以侵权法和人格权法，以民法通则为统领（可对其作相应修改）形成一个民法群，完全可以胜任社会生活的需要。这种组群式民法的一个直接好处是能够从容轻松地应对法律需要频繁修订给民法典带来的重负和尴尬。

对于大陆法而言，这种民事立法方法最重大的意义是为传统的大陆民法编纂开拓出一条新的道路。编纂一部如法国民法典或德国民法典般具有崇高地位和重大影响而又具有中国创意的民法典一直是几代民法学人的梦想，也许，如果不把目光紧紧盯住德国或法国民法典，将会有意想不到的惊喜。

如前所述，制订一部具有中国创意的而又能够在世界民法之林中卓然独立的民法典一直是新中国民法学人的殷切希望。但是，我们真的就只有民法典这一条华山路可以走吗？我们的双腿是否真实而又坚实地站立在中国的大地上？传统民法典编纂的意义究竟何在，中国社会真的就离不开民法典吗，我们应如何正确地认识我们自己、相信自己，如此等等，都是一个个需要进行充分深入探讨的问题。2002年春天在北京大学举行的“中国民法百年回顾与前瞻”学术研讨会上，关于民法典的出台时间，民法学者中的悲观派认为，民法典在中国还需要二十年的时间才能出台，如果真是那样，我们何必非要等待这个“戈多”。

无论是黑格尔还是福山都狂妄地宣称历史已经终结，但是，除了宣称者自己被历史必然终结以外，历史的车轮依旧轰然作响。同样，民法典并不意味着民法结构的历史已经终结，“典”的编纂并不是民法唯一和最终的模式，历史仍然如河向前流淌，区别只在于我们是想踏进别人已经踏过的河里还是踏进别人没有踏过的河里。

注释：

（1）中国民商法律网•••法学讲堂•民商法前沿(www.civillaw.com.cn)。

（2）罗马法教研室•徐国栋简介及文集(www.romanlaw.cn)。

（3）例如，法理学者强世功就认为：“在中国做法律研究，至少应该谈两个话题：第一个是‘民法典’，第二个是知识产权。”足见民法典在中国大陆的语境中具有多么强大的话语力量。见强世功等：知识产权与法律移植，《读书》2004年第8期第3页，生活·读书·新知三联书店出版。

（4）高富平：民法法典化的历史回顾，《华东政法学院学报》1999年第2期。

（5）梅夏英：从“物权法”与“财产法”的争论看我国未来民法典，见中国民商法律网••民法典专题。该文主要从立法分散化、我国民法典立法功能的历史转变、民法典的封闭性、自身内在的矛盾和不能有效创造新法、排除旧法等方面进行阐述。从作者掌握的资料看，梅夏英应是大陆第一个比较详细地著文对民法典编纂提出置疑的民法学者。

（6）易继明：私法精神与制度选择—大陆法古典模式的历史含义，中国政法大学出版社2003年第1版，第252—284页。

（7）《世界著名法典汉译丛书》编委会：十二铜表法，法律出版社2000年第1版。

（8）[意]朱塞佩·格罗索著，黄风译：罗马法史，中国政府大学出版社1998年第3版。从该书的目录中可以清楚地看到罗马法的这种特征，目录包括了民刑事诉讼、刑法、共和国宪制等内容，关于《国法大全》的具体情况，见该书第二十五章。

（9）[罗马]查士丁尼著，张企泰译：法学总论—法学阶梯，商务印书馆1996年第4版，第5到6页。

（10）戴东雄著：中世纪意大利法学与德国的继受罗马法，中国政法大学出版社2003年第1版，第84—85

页。

(11 彦霖轩：罗马法复兴运动与中国的法制现代化，老行者之家(www.law-walker.net/detail.asp?id=1879)。

(12) 转引自杨振山、斯奇巴尼主编：《罗马法、中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社1995年版，第47页。

(13) “中国民法典论坛”第五场——新中国民法起草五十年回顾江平教授的发言，法大民商经济法律网·高峰对话(www.ccelaws.com)。

(14) 佟柔：《论我国民法的调整对象及与经济法的关系》，《佟柔文集》第87—100页，中国政法大学出版社1996年第1版。流芳教授敏锐地捕捉到了这一点，指出：“在这里，佟柔教授实际上是向民法学界提出了一个值得反思的问题：按照民法法典化的传统思路(Pandects)去重建中国民法究竟是不是最佳选择。”见《佟柔文集》第425—426页。

(15) 徐国栋：市民法典与全力控制，见前揭杨振山等编《罗马法·中国法与民法法典化》第83—85页。

(16) 中国私法网(www.privatelaw.com.cn)首页的正上方就郑重地书写着这句话

(17) 《马克思恩格斯全集》，人民出版社1956年版第411页

(18 [德]黑格尔著，范扬、张企泰译：法哲学原理，商务印书馆1996年第6版，第10页。

(19) 前揭 (18) 第203页。

(20) 何增科：市民社会概念的历史演变，《中国社会科学》1994年第5期。

(21) 见王缉思为《美国市民社会研究》一书所写的序言，中国社科院美国研究所网站(www.cass.cn/meiguosuo)。

(22) 冯象：县委书记的名誉权，《读书》2003年第4期，第95—101页。关于该案的新闻报道见2002年9月5日的《南方周末》。

(23) 季卫东：旁观民法典编纂的得与失——兼论宪政与私法秩序的关系，见法律思想网·季卫东文集(law-thinker.com)。

(24) 俞江：民法典，沙滩上的游戏，法律教育网·司法论文·民法论文(www_chinalawedu_com)。

(25) 见前揭 (9) 第1页。

(26) 见前揭 (10) 分别见第123、177和127页。

(27) 关于作为法国民法典革命性标志的所谓所有权神圣、契约自由和过错责任其实是一种误读。见《法国民法典的制订、发展及其前景》，www.bj.netsh.com/bbs/111737/messages/178.html；又见傅静坤：《法国民法典》改变了什么，《外国法译评》1996年第1期。

(28) 见前揭 (2) 。

(29) 谢鸿飞在《论人法与物法两种编排体例——兼求教于徐国栋先生》一文中认为，无论是理想主义的思路还是现实主义的思路均具有自治性，都是人文主义的，但即使如此，该文作者也不得不承认德国式编制财产法的气味十足，自己也倾向于理想主义的思路。见法律思想网(www.law-thinker.com)。从凸显人文精神的角度看，法国式的结构显然比德国式的结构更胜一筹。

(30) 如早在1994年，王利明教授就主编出版了《人格权法新论》，吉林人民出版社；杨立新教授在1996年出版了专著《人身权法论》，中国检察出版社，另外，民法学教材中普遍将人(身)格权单列一章。2001年的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》中明确规定了生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、人格尊严权、人身自由权等人格权利。

(31) 徐国栋：民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心，见法律之维·民法典专论(www.law-dimension.com)。

(32) 东欧剧变后前苏联集团国家的民商法典和民商立法——法律史、民商法典的结构、土地所有权和国有企业问题，罗马法教研室·徐国栋简介及文集(www.romanlaw.cn)。

(33) 米歇尔·福柯著，刘北成、杨远婴译：规训与惩罚，生活·读书·新知三联书店1999年第2版，第29页。

(34) 见前揭(10)第254—259页。

(35) 萨维尼著，许章润译：论立法与法学的当代使命，中国法制出版社2001年第1版，第46页注释2。

(36) 王得胜：全球化与文化帝国主义威胁，见政治文化论坛(www.tszz.com)。

[【我想发表评论】](#)

[【将文本推荐给好友】](#)

[【关闭窗口】](#)

相关文章:

▶ 孙沛成 民法的第三条道路

本网站由王利明教授创办并提供全部运作资金

建议使用IE4.0以上1024*768浏览器访问本站

版权所有©2000-2008: 中国民商法律网本网站所有内容，未经中国民商法律网书面授权，不得转载、摘编，违者必究。

征稿启事 投稿邮箱: ruccivillaw@163.com, civillaw@ruc.edu.cn

京ICP备05010211号