

对话二：立法追求、 法律技术与民法典编纂*

韩光明**

丁利***

韩光明：首先我先介绍一下中国目前制定民法典的背景。

民法典的制定是大陆法系区别于普通法的一个重要的法律传统。梅因在《古代法》开篇第一句就提到“最伟大的法学时代从一部法典开始，也以此而结束”(The most celebrated system of jurisprudence known to the world begins, as it ends, with a Code),讲的是罗马法上的《十二表法》。而至东罗马帝国时期，罗马法更以《民法大全》而闻名于世。此后，在大陆法系中出现了《法国民法典》《德国民法典》《意大利民法典》《日本民法典》《瑞士民法典》《荷兰民法典》等，总之，在大陆法系中，关于私法一直存在着“法典编纂”的传统。

中国制定民法典的历史可以更早地追溯到《大清民律》。清末变法将中华传统的儒法体系转换成西方法律话语的时候，就已经开始了对大陆法系民法典传统的继受。之后，从北洋军政府再到南京国民政府时期都孜孜追求民法典，在我国台湾地区实行的民法典就是1929年到1931年之间制定的《中华民国民法典》。

1949年之后，中华人民共和国也一直坚持着制定民法典的模式，尽管历史上的种种特殊时期和立法政策的变化，形成的是现在以《民法通则》《合同法》《物权法》等单行民事法律为核心，辅以诸多司法解释的民事法律规范体系。十八届四中全会把民法典的制定写到执政纲领中，成为“国家治理能力现代化”的内容之一。如此，民法典的制定再次提上中国发展的日程。目前按照全国人大法工委的部署，此次民法典制定分两步走：先制定民法典的总则编，即规划于2017年通过，第二步进行整体编纂，规划在2020年通过中华人民共和国民法典。

关于民法典的制定，首要问题是法典编纂究竟是一个什么行为，以及为什么要编纂一部民法典。对此，我们可以从两个层面来思考：

第一个层面，法典编纂作为立法过程来看，首先是一个政治行为，必然有它的政治目标追求，

* 本文得到2013年广东省“法治化进程中的制度设计与冲突解决”项目(编号1314006-12000-4225021)的资助。本文由中山大学法学院2013级本科生彭兆明整理而成。

** 中山大学法学院副教授、中山大学法学理论与法律实践研究中心研究员、法学博士。

*** 中山大学法学院副教授、中山大学法学理论与法律实践研究中心研究员、法学博士。

即“民法典的编纂是一个国家治理能力现代化的体现”。有学者一直强调“我们要制定的民法典是一部 21 世纪的民法典”，这样一种提法的潜在逻辑：这部法典是我们中华人民共和国的法典，但也是世界民法典库藏里的重要组成，或者说，法国民法典是 19 世纪的，德国民法典是 20 世纪的，那么我们中国的民法典应该是 21 世纪的民法典。此外，还有提法进一步强调一部民法典应该体现民族精神和时代精神，民法典应是此两者的立法表达。

从法律历史比较来看，民法典的制定往往都属于重要的政治行为，如《法国民法典》对彰显拿破仑文治武功之重要性，如《德国民法典》对当时国家统一、法律适用统一的重要性，如《日本民法典》对于国家发展图强的重要性，等等。但是，我们需要思考的是，这样一些过于宏大的政治叙事，对于法律技术上的法典编纂到底有什么影响？对此还是要保持一点警惕，这些政治叙述属于政治家们关注的层面，但对于具体的法典编纂来说，是不是有这样一种宏大的价值或者说能不能负担这样一种政治需求呢？法律人对此应保持审慎，因为法律人更应关注法典编纂自身的一些问题，尤其是法律逻辑、法律技术的问题。

第二个层面，就是要回到法律技术上，追问法典编纂的目标是什么？是否能够以及应该如何实现该目标呢？回答上述问题，首先要界定什么是法典？为什么有人主张“法典是成文法化最高的表达形式”，类似于黑格尔把国家推崇为人类最高的发展形式一样？我们还要思考法典这种表达形式的内容是什么，或者我们应该再进而去思考，保持现在的单行法式的民法规范体系有什么不好吗？

从法律技术上看，《德国民法典》的过人之处在于其史无前例地提炼出了一个总则编，对分编内容提取公因式找到它们共通的东西，来进行一个统括性的法律体系的建构。之所以能够做到这样的体系化，还因为在法律概念上做了进一步的精炼，比如抽象了法律行为、物权与债权二元划分等，正因为这些被提取出来的概念式的抽象的存在，才能进行体系化，就如同找到了一根线把各个点和面给串起来，而且这根线能进入到法律适用，进而能够形成一个能动的、系统的、体系化的有机体。但是我们的问题是，在基本概念上有没有继受到外国的基本法律概念？如果没有，我们又有没有自己提炼出来这些概念？譬如，在刚公布的《民法总则》草案中，一方面在民事权利里规定了债权，但另一方面在体例上取消了单独的债编，那么这时候会出现一个法律技术上的问题：怎么安排传统属于债的相关内容？传统的四种债之发生原因和非典型的一些债之发生原因，都有共同之处是在特定人之间产生的请求权的法律关系，而物权是指基于人和物的直接支配而产生的排他性法律关系，两种权利是有不同的法律效果和清晰界定的，但是如果我们没有继受采纳这样一种法律技术的话，我们还能不能把各方面给串起来？如果总则没有能力把各个分编给统摄起来，这样的法典编纂可能就没什么意思，还不如继续遵循单行法模式。

目前我们的法典编纂也采取了总则、分则的编制模式，但总则统摄分则的法律技术是成熟的吗？这个统摄的法律技术我们找到了吗？我个人认为这至少还不是那么清晰。譬如法律责任与义务的区分问题、侵权责任及合同责任与债务的区分问题等。再进一步思考法典编纂之后的法律适用问题。法典编纂必然包含着法律适用上的目标，即希望通过法典编纂进一步地提升法律适用的水平。通过法典编纂追求法律体系的融贯性 (coherency)，进而保障法律适用的统一性。但是，这一目标并不会因为法典编纂的形式而实现。这里还有一个更深层的问题，私法是什么？制定法或说以成文法表达出来的法律仅仅是私法法源的一种而已，除了制定法之外还有习惯 (customs) 和习俗 (conventions)，还有法理 (legal doctrines)。现实中的法典不可能是完备的，我们总需要在制定法上没有明确规定的状况下进行法律适用，那就要找到制定法之外的法源。

所以从这个角度来讲,法典表现出来的制定法是不是真的那么重要呢?终极性上来说,并非不无疑问。

还有一个问题,私法规范之间,以及具体法律规则之间,譬如说合同和物权,能不能达到一个融贯性,能不能真正地成为一个有机的体系,而且这种融贯和有机的体系是不是只能通过立法来完成,或者说立法这个行为能在多大程度上实现这样的目标?还是说,这更多地应该交给私法适用、法律适用的过程来实现?因为法律适用的过程实际上是一个法律解释的过程。法律解释所解释的词,在某种程度上是一种重构的含义,是可以通过一个法律的作业,将一个制定法的表述根据具体情景进行解释,所以我觉得在法律适用的统一上,或者说要实现法律规范的整体圆融性、有机统一性,更多地在于司法的或者说法律适用的过程中,而不是立法。当然,我们不是完全抹杀立法的作用,但也不能完全交给立法去完成。我觉得这里有一个方法论上的意义,即立法与法律适用的关系问题。民法典的编纂并不会当然地改善或提高法律适用水平。当前的法典编纂中,有一个重要问题需要解决,即如何吸纳现行的诸多司法解释?进而言之,即使现行司法解释可以编纂吸纳到民法典中,但是之后还会出现司法解释?除司法解释外,还有一些单行法出现的特别私法,又如何处理?比如说产品责任、道路交通事故责任、劳动合同、消费者合同等。如果说法典之外的单行法还是可以接受的,但对法典进行司法解释呢?似乎就在说明我们法典的编纂没有太大的意义。这其实涉及一个如何理解法律适用的问题。我们可以请丁老师来进一步讲一下。

丁利:我想首先来谈,法典化的这种思维与法律的统一性或者说融贯性的关系。我们知道,法律作为一种社会运行的规则,最需要的是其统一性和一致性,那么问题就在于这种统一性和一致性是否一定要通过这种法典化来完成?我个人认为是不见得的,我们大家知道,至少到目前为止,没有一个国家可以做到用一个法律把所有法条整合,这是很荒唐的。各种各样的部门法,是作为一个系统整体来起作用的,所以追求这种法律的统一性和一致性,不能幻想通过单一的法典化这种形式上的东西来实现,因为我们要看它的内容。相应的问题就在于,我认为法律的统一性和一致性有这么几方面比较重要。如青木昌彦所强调的,整体性制度安排更持久。对于历史和现实中的制度,我们会特别关心跨域的制度安排,社会学、博弈论里的术语为“制度化关联(institutionalized linking)”,不同社会场域的博弈如果关联起来结合为一个更大的社会博弈,那么人们的策略就会不同于单独一个场域中的策略选择。另外,我们还要强调制度的“互补性”,如民事法律中实体的和程序的部分,确定责任的侵权责任法甚至到执行方面。人们看到大部分的法律都是实体的,但是程序的、确定责任的、执行的法律也是非常重要的,因为没有后面的法律,实体法律规范的实现程度和立法者所期盼的程度就不一样了。现实世界里,参与各种社会经济交易的人如果能合理地预见到这样的情况的话,就会大大减少相应的交易的发生,就会使得立法者的目的不能很好地实现,当我们谈一些很具体的实体法律的时候,我们必须关注程序法律的规定。同时,另外还有一点,我们在立法的时候,必须思考,司法者和参与社会经济交易的双方或者多方,他们会如何应对这个法律?我们应该至少在统计意义上把这些人的应对方式认识清楚,在立法的时候,把这些考虑在内,才能给出合理的制度设计,如各种权利、义务的安排。所以我认为,至少从博弈论的角度来看,法律的统一性和一致性特别重要,至于形式上是凑成一个单一的法典还是多个单行法的方式,这实际上不是很重要。

韩光明:我们俩的判断基本是一致的。法典编纂的技术性要求很高,正如“民法总则草案说明”中提到的,此次民法典制定的目标是“编纂一部体例科学、结构严谨、规范合理、具有中国特色、体现时代精神的民法典”。暂且不说政治上要求的“中国特色和时代精神”,单从我们法理上

来讲,什么叫体例科学、结构严谨、规范合理?我们是否继受或构建了基本的民法逻辑?譬如,是否接受物债二元划分,进而是否区分物权行为和债权行为?当事人双方签订一个有效合同,那么该合同的法律效果到底是产生一个债之法律关系还是直接产生物权效力?之前,由于我们没有搞清楚这两种东西,导致出现了合同法第51条的问题,即处分权与买卖合同效力之间的关系。之后,物权法做了这样的区分,则导致了合同法第51条成为废条,或者说成为一种不符合法律逻辑的立法表达。那么,我们现在能否在此次民法典的编纂中解决或避免此类问题呢?也就是说,对于民法上的基本概念、基本法律逻辑,在法律共同体内有没有形成充分共识?如果没有,如何保证民法典的编纂是圆融的呢?对此,我个人一点都不乐观,或者说,目前形成充分共识的可能性很弱。不妨再举一例予以说明,即关于物权法善意取得制度的适用问题,尤其是对于善意的界定。《最高人民法院公报》2015年第10期登载了连某诉臧某排除妨害纠纷一案。在该案中二审法院确立了善意受让人不得基于所有物返还请求权要求房屋实际占有人迁出的裁判要旨,这显然是违背基本法律逻辑的,而做出如此判决的原因在于对于“善意”的界定。

丁利:我个人看来,此案毫无疑问只有两个选项,即房屋的所有权是归原所有人还是最终的买受人。那么,唯一可以保护原所有权的的东西是什么呢?我们假想一种情况,甲的房产证丢了,被小偷给捡到了,把房子转移过户到了第三人名下,我个人还是赞同要保护善意取得,因为即使在此种极端情况下,这类交易如果能以种种理由来取消交易的合理性,会使得人们在做交易的时候必须付出巨大的核实成本,而这会导致大量的资源的损耗,进而可能因为风险太大导致不进行交易了。这就会大大减少合理的社会交易的发生,因为人的行为只能是根据对未来的预期做出选择的,我们不能先到了将来看明白了然后回到过去进行决策。所以从经济学角度来讲,可以从两块来讲,都跟效率有关系,一块是说像侵权这类的,侵权人得到的好处不足以弥补被侵权人利益的损失,如果能弥补的话就会通过交易来实现,所以出现了侵权法来保护被侵权人;还有一块是跟合同有关系,伴随着合同的交易,参与合同的双方或者说多方,至少从大家的预期来讲,都是相对于签约前的福利状况是“帕累托改进”甚至严格改进,这样的话大家都会有交易的积极性。民事法律的核心目的就是要促进这些潜在的技术上可行的交易充分发生。而人们要愿意这样做,就要对将来的结果进行预判,如果风险和成本太大,这种交易就不会做出了。所以我认为这个判例很糟糕,如果考虑到对无辜的甲的保护,那么乙应该受到刑事上的惩罚,而不仅仅在民法上处罚。另外,要看登记机关对资料的审核是否尽到了足够的谨慎义务。实际上,很多行政登记机关收取的费用很高并且交易者还交了五花八门的税。既然登记机关获得了这么大的利益,就应该对其进行比较强的责任要求,要求其交易的安全性进行足够的保护。假如登记机关没有很好地保护交易的安全性,就应该要承担这种赔偿,由于这种事情发生的概率是很低的,而它们的获利巨大,所以这样规定是可行的,实际上这跟保险是一个道理。当然,我担心由此他们会推动对他们有利的立法,对交易设置更高的门槛,反而增加了交易者的成本。但是,无论如何应该在这方面进行法律上的完善,进而保护无辜的甲,而不能以案例中的方法和理由来保护,这是不符合法律逻辑的。

韩光明:回到民法典的制定,我们举这个案例是想说明,如果对于善意取得的“善意”,在没有取得共识的状况下,可能会导致法律适用上的类似于这样一个糟糕的案例的出现。还是之前的问题,现在进行法典编纂是不是有足够的共识去避免类似的情况的发生?在中国还存在一个严重问题,立法表达和我们的法律适用存在一个巨大的差距,由此导致司法解释往往径直超越立法,要么限缩、要么扩大甚至是改变或直接废止具体立法规定。如果在民法典制定之后又出现这些状况,

那如何成其为“21世纪的民法典”?! 总之,我们关注的第一个问题是,现在具有不具有法律技术上能力来达到制定民法典的目标? 我们不能以为仅仅通过形式化的方式即可达到这个目标,而要看是否有真正的能力去实现目标。

丁利: 其实放不放在一起不重要,重要的是看它们内在的逻辑关系,能否充分涵盖立法者希望涵盖的社会经济生活方面。

韩光明: 对的。接下来,我们再继续讨论一下民法典制定中的基本原则。首先,什么是民法的基本原则? 如何在民法典中表达基本原则呢? 按照德沃金的说法,法律原则是能够作为法律适用之自由裁量根据的规范,或者称之为裁判规范。民法总则草案第1到3条规定了民法的“平等原则”,第4条表达的是“自愿原则”,第5条是“公平原则”,第6条是“诚实信用原则和交易安全”,第7条是“人与自然和谐发展原则”,第8条则是“公序良俗原则”。这些规定放到一起,依然有很多疑问,即这些所谓的原则,就每一个独立地来说,它们成其为一项原则吗? 再进一步说,它们是“民法”的基本原则吗? 这些原则和原则之间是不是具有融贯性,会不会有冲突和矛盾? 作为基本原则,是要统摄整部民法典的,它们有这个能力吗? 这是我提出的基本问题。

譬如说,我们所说的平等原则,它的表述都很奇怪,“民法作为调整作为平等民事主体的自然人、法人、非法人组织之间的人身关系、财产关系”,我们把主体的问题放到下一部分讲,先看什么叫“作为平等民事主体”? 这个平等的前缀“作为”是什么意思? 然后第3条说的“民事主体的法律地位一律平等”,这样的平等我们想表达什么含义? 在实践中,当事人之间是平等还是不平等关系的界定,更多关涉到法院立案选择问题,即如果认为是平等的主体,可以作为民事案件进行立案。物权法颁行前,中国法律适用中曾经发生过关于集体村民与村委会之间是否属于平等主体的争议,导致出现了法院既不认为两者是平等主体,也不认为两者是不平等主体的尴尬情形。我个人理解,民法上的平等其实是不需要写出来的,或者说不具有法律适用上的意义。我想象不到,法院会根据平等原则去判决当事人承担权利义务,因为这是一个应有之义,在私法中大家都是普通的私人。

丁利: 莱布尼茨有个观点叫“不可区分者就视作同一”。当我们知道现实世界中,不同的人、不同的社会组织是可以区分的,但是为什么我们会说他们是平等的? 其实道理很简单,指的就是,如果我们对于要进入这个平台或者场域的主体,是设定条件的,达到这些条件的就可以进入。其他导致个别人之间、个别组织之间区分的特征,不在进入场域的条件考虑范围之中。

韩光明: 所以说很多实际上、事实上的差异性不会被法律规范所考虑进去或进行评价。

丁利: 比如说,有些人会为自己的鼻子买保险。为自己漂亮的鼻子买了保险的人和可能潜在的侵害他的人的地位是平等的,这在于那个特殊的特征不是法律调整所考虑的必要条件,或者说入场的必要条件。只要他们达到了同样的条件,相当于我去看同样的比赛,只要我买了票就可以有入场的资格了,虽然有远近差异,但是这是另外考虑的东西。所以我觉得,法律人好谈平等,但实际上往往是大而无当。

韩光明: 把“平等原则”放到基本原则里究竟想表达的是什么样的一个东西? 或者说,在我看来它没有办法表达一个实际意义的东西,在法律使用上,我们也找不到它的价值。

丁利: 我替它补充一点,它的意思,会不会是两个不同的人,不管是作为原告还是被告,都享有平等的权利,与他的身份没有关系?

韩光明: 但是这属于诉讼权利,属于进入到诉讼领域的问题,实际上应该属于程序法的

规定。

丁利：又比如说买卖关系中，我作为买方和你作为卖方的权利是受平等地对待的。

韩光明：但是这些在我看来都是立法上的，可以进一步进行辨析的是作比较。譬如说不得有歧视，但此更多是宪法上所说的平等权和基本尊严保障问题。在民法上则涉及人格权的保护问题，在侵权法规范中予以明确即可。平等，法律又如何进行平等识别呢？又譬如在一些具体交易中，法院会进行一些细致的甄别，如果卖方是一个职业商人和买方是一个普通的消费者，他们对于这个交易所负担的甄别或者审慎的义务应该有所区别，如在注意义务是要求强还是弱，如果是一个职业商人，负担的审查、注意义务就要比一个普通的消费者相对重一点。但是即使有这些情况的存在，我觉得平等原则依然不足以成为一个民法的基本原则来进行表达，至少这还蛮值得进一步琢磨。

再者就是下面的“自愿原则”更加让人觉得奇怪，我首当其冲地就想到了侵权行为，其会是自愿的吗？

丁利：我也是这样想的，假如我家小孩到你家里去玩，无意识把你家里的财物拿走了，这涉及所谓自愿的民事活动吗？我对此也有疑问。

韩光明：“自愿原则”到底想表达什么？在合同法领域强调自愿是没有问题的，因为合同是意定的，可以自愿约定各种内容。但是在民法中还存在大量的不是根据意思表示来发生法律效力情况。由此，我认为这里的自愿用词并不恰当，其真正要表达的是意思自治，这其实是整个私法的核心。意思自治也完全可以解释到侵权行为规范。意思自治是整个民法的认识论逻辑基础。为什么要让每一个主体根据自己的意思进行自主决策？因为每一个人都是理性有限的、每一个人都是局部的，每一个人都不可能为另一个人做出对另一个人利益最大化的最优决策。甚至，我们每一个个体自己都不可能做出对自己来说最有利的决策，这就是我们所说的“世界上最划算的买卖是不存在的”。我们每个人自主地进行决策，进而就是“自己责任”。传统民法首先界定的是“侵权行为”而不是“侵权责任”。侵权行为产生的是一个债，当你不承担这个债务的时候，法律才强制执行让侵权人承担责任。归责原则就是为了处理什么时候会因为侵权行为而产生这个债或者产生侵权行为之债的根据，而最主要的根据就是“过错”，即从自主决策进一步推出“自己责任”和“自担风险”。

丁利：“赔偿责任”好理解，但是“侵权责任”怎么理解呢？如果跟赔偿责任类似的话，是不是说“我有义务要侵你的权”？因为赔偿责任是指我有义务要赔偿。某一个侵权行为产生某项义务，然后某项义务的不履行才产生责任。

韩光明：我们传统讲侵权行为构成的根据是过错，而根据“自主行为、自己责任”的基本逻辑，我为什么要对你遭受的侵权承担责任呢？那是因为我对你所遭受的后果是存在过错的，所以我就你所遭受的后果负责。所以说，侵权行为这一法律概念本身它关注的是界定每个人的行为自由，只要你对别人遭受的后果没有过错，你就是自由的，其跟意思自治的逻辑是一致的。只不过，随着社会发展的复杂性，开始出现了很多情况，我们不能够只看过错，就需要某些人承担特定法律后果，但这也只是例外性的情形，是在某些特殊情况下才会有的东西，所以我们称之为特殊侵权行为，此种特殊并未能改变一般。

丁利：所以还是不违背意思自治的原则，因为这种行为从概率上来说，是我按照自己的意志做出的。在这种特殊情况下，例如高空抛物，实际上没有高空抛物的人也要承担赔偿责任，这就在于，如果法律不这样规定的话，将会大大损害社会利益，因为很多人就不敢在高楼下走了，这就使得那些有效率的交易会急剧地萎缩。所以我们实际上是追求一个次优(second best)的目标，依然

是从行为自由的角度出发的。

韩光明：为什么要讲基本原则呢？因为这涉及对私法，或者说哈耶克所讲的法律与立法区分意义上的私法，的最基本法理问题的认识。如果这样的基础问题、一般性的问题我们都没有搞清楚的话，我们的立法怎么来进行呢？这必然会是很糟糕的一种情况。

我们再往下看第5条的“公平原则”。难道公平原则不是所有法律所应追求的吗？或者说，每一个人与人的行为都应该遵循公平原则。

丁利：所以我觉得要区分两个不同的东西。立法者持公平原则去立法，和法律所规范的具体的人是不是按照公平原则去干什么事情，是两个不同的逻辑。

韩光明：也就是说，立法者秉持公平原则去进行法律机制设计，要求最初设计的那套制度要遵循公平原则，和我们所有的民事主体在进行民事活动时都要遵循公平原则是两种不同的层面。

丁利：我举一个例子。比如有一个我和你签订的合同，我来选择如何执行。原来被双方所认识到并写入合同的执行方式使我获利80你获利20，但总的获利是100；现在我们发现另一种方式是我获利60你获利50，这时总的社会福利是后面一种比较多。但是如果让我根据社会福利最大化的原则来选择第二种合同执行方式而放弃第一种，这是不合理的。除非立法者或司法者能充分看清楚整体的社会福利，并可核实我的行动从而可以强行规定；或者我们自己能够通过讨价还价达成改进，这时候我选择第二种，你给我不少于20的补偿。

韩光明：但是立法者不可能具备这个能力。

丁利：对，所以法律通常不能对具体的个案做出规定，而是根据部分的观察进行抽象总结，对一个社会场域加以规范。

韩光明：但是我们相关的一些制度，比如合同领域的裁判领域里，会有显失公平、情势变更这样的原则，我们在表述中会用到“公平”的概念。显失公平的合同，一方当事人可以主张撤销合同，情势变更则是为了避免造成当事人之间的显著的不公平，可以允许当事人一方提出变更合同或者如果不能变更则可以解除。但是在这样一个具体规则里的表述，是没有问题的。

丁利：并且在某种程度上，根据我们刚才所讲的，是根据立法者所认为的公平原则来规定的。

韩光明：第6条“诚实信用和交易安全原则”是和“公平原则”类似的一个问题。至于后面的“促进人与自然的和谐发展”就更是一个与私法关系难以形成有机逻辑关系的问题。“公序良俗原则”不应该放在基本原则这里，它应该是一个控制法律行为效力的工具，所以应该放在法律行为效力规范中去。“公序”是“公共秩序”，“良俗”是“善良风俗”。这里的公共秩序如何界定呢？它更多地具有统治意义，如公权力维护公共秩序的职责，而且公共秩序的界定还会涉及其与强制性法律规范之间的关系问题。

长期以来，关于民法的基本原则，我们都遵循的是一套教科书式的言说叙事，但这套言说缺乏论证，到现在即使有了这么多教科书的出版，也很少有人详细地论证哪些才应该、有资格成为民法的基本原则或者说民法的基本原则想表达什么。总的来说，通过规定基本原则我们到底是想表达什么？如果我们想要让它们来统领整个民法，那么统领整个民法的方法又到底是什么呢？问题依然还在。

最后，我们讨论一下主体问题。主体，也就是在私法的世界里呈现出“人”。当前的民法总则草案对主体做了三类区分：自然人、法人、非法人组织。

第一，关于消费者保护的问题。《德国民法典》最初采取了“自然人、法人和无权利能力社团”

的分类,后来的民法典修订中,把自然人的这一章改为“自然人、消费者、经营者”,即加入了消费者权益保护相关领域中对于人的界定,他们认为这应该作为民法典的人的一般形象,是一般化而不是作为特别法来处理。消费社会(consumer society)中每一个人都是消费者,没有人能够摆脱,这是一个普遍的社会身份。那么,我们民法典编纂如何处理此问题?要不要把消费者保护的内容纳入进来,还是说依然作特别法的处理?

第二,关于法人与非法人组织的区分。法人无非就是团体人格。“自然人”是让每一个生命意义上、物理意义上的人都自然地成为法律主体。人们在现实生活中,除了个体之外,还会进行联合或集体行动,乃至结社。那么法律又应如何以及是否能够进行不同样态的区分呢?譬如在中国还存在两户的问题。目前民法总则草案把它们放在了“自然人”里面,但是个体工商户是可以有自己的商号的,可以以自己的商号享有诉讼权利,这跟一般的自然人是有区别的,承包经营户也有其特殊性。譬如农村承包户中,户主和户员的关系是什么?目前实行的是农村土地家庭联产承包责任制,是以家庭为单位与发包人签订土地承包合同,按此逻辑取得土地承包经营权的是户而不是户的成员。那么,户如何能区别于户的成员而成为合同当事人,也即权利主体呢?这个户到底是一个怎样的主体存在?我们能不能有清晰的法律逻辑去解析这些具有中国特色的概念呢?!现在看来,恐怕不能想当然地认为传统自然人概念可以完全囊括这些主体样态。

一群人组成一个团体,而且像一个人那样行为,那么法律会不会承认这个群体为一个独立的法律主体呢?经济学上有很多解释,比如科斯所讲的企业性质,从节约交易成本的角度来解释为什么会承认一个组织体是一个完整的独立的交易主体。从政治学的角度来解释,认为团体人格其实是一种社会控制机制。团体要获得人格,必须在法律上进行登记。其实这个登记就是国家控制的机制。所以,政治学上的解释是“团体和国家做了一个交易,团体接受国家控制的前提是获得独立法律主体资格”,同时又会有些团体不愿意接受国家的控制,所以就会出现无权利能力社团,它们不需要登记,也不是法人,也不具有独立法律主体资格。我们提出的非法人组织,到底指的是什么样的状态呢?非法人组织包括集体、国家吗?《物权法》规定有国家所有权、集体所有权,按此逻辑,国家、集体当然属于法律主体,但却无法纳入到自然人、法人和非法人组织的主体区分里面。最新的民法总则草案第二稿中,针对集体经济组织增加了规定,即“农村集体经济组织具备法人条件的,依法取得法人资格”。然而,如此规定充其量为集体经济组织提供了成为法人的可能,但无法解决“集体”的主体资格,因为按照《物权法》的规定,除集体经济组织外,集体的代表还有村民委员会。况且,集体与集体的代表之间的法律关系如何界定也尚未可知。对于国家,则更难以在私法上进行界定。一方面,如何区分国家与政府?另一方面,是否要引入公法人与私法人的区分来界定政府的私法主体地位?目前看来,我们的法律理论资源尚难以解决中国实践或现实中的诸多问题。

从法经济学的角度,对于主体样态,法律应采取何种策略呢?法律把某些团体或组织纳入法人,某些排除而纳入非法人组织,这种立法选择对于一个组织体的行动策略可能产生的激励或者影响到底是什么?以本人有限的经济学的知识来理解,在组织形式或主体样态上应允许人们自由选择,因为不同的组织形式可能对于行为主体追求效率的方式或策略有影响,譬如会有人合性和资合性之分,有长期性和短期性之分,等等。不妨听听丁老师的高论。

丁利:一般经济学上,讲组织的界限会有个前提,也就是根据社会存在运行的基本原则,它为了得到更好的结果而进行或进化出最佳的组织设计,其中基本的道理就是激励和风险之间的权衡。比如一个企业为了避免被别人钳制(hold up),就会减少一些关系专用性投资,这就会刺激核

心企业的纵向一体化,把上下游相关联的交易一体化在同一个企业内部了。这样的话,组织的规模就扩大了,而其边界会受到相应的委托—监督—代理链条更长所导致的管理成本扩大、信息处理更复杂等因素的制约。当然,企业的财务结构、组织模式和治理方式等都要在法律的基本框架内进行设计和安排。现有的草案里,我有个地方比较困惑,我注意到它是通过列举的方法来讲法人和非法人组织,因为非法人组织的章节很短。和非法人组织有一个重要的区别,法人组织以它的财产承担债务,而非法人组织的成员或者设立人对该组织的债务承担无限责任,我不知道这是不是民商法对法人组织和非法人组织进行区分的很重要的特征,仅仅从法条来看,这是两者特别本质性的区别了。

韩光明:对,目前的草案的确以此进行区分,即责任承担方式,但这是否合理呢?在德国法上,有权利能力社团和无权利能力社团的重要区别在于形式要件,即要不要进行登记,而非有限责任或无限责任。根据目前草案的规定,法人和非法人组织都要登记,那么问题来了,既然非法人组织也进行登记,其相应的内部结构也对外公开,对于债权人来讲是有保障、有机制去减少交易风险,那为什么还要非法人组织承担无限责任?

丁利:从非法人组织的设立人的角度来讲,就会盘算、认为没必要去搞非法人组织了。经济学上的道理,我愿意承担无限责任一定是因为能够获利巨大,假如获利是一样的话,人们肯定会选择风险更小的方式;除非愿意承担无限责任是一个重要的信号,把我与那些不愿意承担无限责任的企业或组织区分开来,传递出出资人的实力或项目成功回报率高的有价值的信息。所以这就会导致法律规定了人们根本不会去干的东西。

韩光明:对,按照目前这样规定的话,会导致非法人组织不具有吸引力。组织形式或主体样态选择变得单一了,这显然对交易的效率或者可能性是一个阻碍。目前这种表述没有激励机制使得大家去选择非法人组织。

小 结

总结一下,我们大概分析了三个方面的问题:

第一,如何理解法典编纂行为的性质?我们认为,应该从政治和法律两个不同层面进行理解,尤其是对政治追求与法律技术进行区分。进而,如何理解法理学上的法典编纂目标?包括目标是否清晰?目前是否存在足够的法学共识和法律技术资源去实现此目标?

第二,关于民法基本原则立法问题。我们关注的问题包括,民法的基本原则是什么?如何去论证基本原则的独立性,以及原则与原则之间的有机关系等。进而对平等、自愿、公平等基本表述作以分析;

第三,最后我们讨论了主体立法问题。重点疑问是,目前采取的自然人、法人、非法人组织三分法是否足以涵括主体样态,尤其是是否能够应对中国现实?譬如关于国家、集体等中国特色的现实概念的法律界定和表达。

(责任编辑:李迎捷)