

民法转型的法源缺陷： 形式化、制定法优位及其校正

张 力 *

内容提要：近代以来的民法典编纂促成了民法由综合整体法向一般私法的转型，推动了民法体系边界及对体系外有限开放性的形成，配合了民族国家形成及其与民法社会整体对应关系的建立，但也就此预埋风险。随着民法法源的形式化、法源中制定法优越地位的形成、对以商法为代表的传统多元社会法源的消解，民法的社会组织功能被削弱，国家借助特别民法等手段对民法的整体渗透日益不可量、不可控。危机的实质是，民法的体系化成就掩盖了自身的法源缺陷，反而损及私法自治这一现代民法自定义核心价值的实现。危机的根源是民法控权能力与民主自觉的丧失。民法法源的完善，应向正式宪法移交部分社会整合功能；通过将以商法为代表的亚社会法源渐进释出、拓展司法对社会问题与政治问题的解决途径等方法，提高民法的社会自组织能力，恢复民法对非官方公域的参与调整能力，实现通过民法的社会控制。在此基础上，民法教义学方能安全担当现代民法学的核心。

关键词：民法转型 法源 民法典 特别民法 商法

引 言

“民法”一词在历史上曾有多重含义。作为民法词源的“市民法”（*Ius civile*）指古罗马民族法的整体，区别于外族法。民法还可指世俗世界或文明社会法律的整体，而区别于神法或自然秩序。它亦可指制定法的整体，如艾伦·沃森所著《民法法系的演变与形成》一书书名中的“民法”，对应的是判例法系。此外尚有谓“共同法”（*Ius commune*）、“世俗

* 西南政法大学民商法学院教授。

宪法”、“尘世的圣经”、“百科全书”、“超级部门法”（Суперотрасль）等等。^{〔1〕}近代以来，民法的多义项被“一般私法”逐步替代或融合，这是法制史上的重要转型。从此，“公法”与“私法”的边界不仅存在于学说，也存在于实证法中。

民法向一般私法转型，首先得益于法典编纂及民法体系化工作对“全部”私法的统合力，这确保得提炼出私法的一般内涵。苏永钦教授认为：“人类的法律思考其实从来就不脱体系（System）和议题（Topik），只是大陆法系发展出来的体系取向的法律方法，往往以形式的三段论隐晦了实质的议题思考，而英美法系发展出来的案例取向的法律方法，则以形式的案例归纳隐晦了实质的体系思考，如此而已。”^{〔2〕}体系化方法的核心当属“民法教义学”（Rechtsdogmatik）：“教义学之核心任务，是由法学与司法对现行法作体系化的阐述、加工与续造，在具体的、现实存在的法规范之关联中去发现其体系，以把握相应领域法律规则之整体，最终以此种方式洞察法秩序之结构，对法作‘概念—体系’上的贯穿。”^{〔3〕}

民法向一般私法转型，还得益于体系化具有勾勒私法外延并使之对公法保持“体制中立”的能力，这确保体系化得来的始终是“私法”。苏永钦教授认为，“民法的法典化，从罗马帝国的国法大全开始，就显示了惊人的超越体制特质，事实上罗马法所发展出来的人法、物法和债法，从概念类型到基本规范，历经拜占庭式的统制经济、中古行会组织的手工业、乃至近代的国际贸易，重商主义和自由主义，在适用性上并无太大改变。继受罗马法而孕育于十九世纪的法国、德国和瑞士民法典，同样也在二十世纪出现的各种极端对立的社会体制下，成为民事立法的主要参考架构。”^{〔4〕}相应地，民法教义学仅关注体系内部论证、体系内部自我批判，对超出现行法规范本身的价值、伦理、效率、实施效果等体系外因素的实证主义考量，仅具“有限开放性”。这保障了民法对外部政策与公法秩序太极推手般的排斥力，标示了私法的边界。

相对地，在仅具“隐晦的体系思考能力”的英美法系，同样重要的公法与私法边界形成与维持之议题，被以欠缺体系化能力的方法隐而不彰地推动着。这如哈耶克关于公私法区分的法源标准说：“经由立法之方法制定出来的法律主要是公法”。^{〔5〕}邓正来进一步阐释道：“私法乃是行动者在文化进化过程中发现的结果，而且任何人都不能发明或设计出作为整体的私法系统；换言之，在私法领域中，千年以来所发展的乃是一种认知和发现法律

〔1〕 从古罗马时期复合型市民法到今日的一般私法，民法尚经历了中世纪罗马法复兴中的整体法认识。如在意大利作家曼佐尼的文学作品《约婚夫妇》中提到，“所有的教士，不管是世间的修士，还是修会的修士，都不受民法管辖；不宁为是，跟他们居住的地方也享有豁免权。”这里“民法”是对应于“神法”的世俗法的整体。法国人霍尔巴赫在其《自然政治论》中认为，民法是“制定法”的整体。摩莱里在1755出版的《自然法典》中用“民法”指称一国内部法律的全体。直到法国民法典颁布的同时代，作为法学家的孟德斯鸠仍声称“人类放弃了他们天然的财产共有而生活在民法之下”，这里的“民法”是文明国家“法律”的全体。“百科全书”的实证形式是1792年普鲁士普通邦法。这部多达17000余条的超级法典“由人类社会的原则性纲要出发，精心描绘了建构国家的庞大计划”，被时人誉为普鲁士的自然法。参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2009年版，第一章第五节。另可参见 Частное право: учебник Т. В. Кашанина. - М.: Эксмо, 2009, с. 38.

〔2〕 苏永钦：《民法典的时代意义——对中国大陆民法典草案的大方向提几点看法》，《月旦民商法杂志》第3期，台湾元照出版公司2004年版，第115页。

〔3〕 金可可：《民法实证研究方法与民法教义学》，《法学研究》2012年第1期。

〔4〕 苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第4页。

〔5〕 [英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》第1卷，邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版，第208页。

的过程，而法官和律师所力图阐明的乃是长期以来一直支配着人之行动及其‘正义感’的作为内部规则的私法。”〔6〕在这里，法官与律师的案例积累工作承担了在大陆法系主要由法学家阶层通过法典编纂、解释与补白完成的体系化任务，“以形式的案例归纳隐晦了实质的体系思考”，似乎也算民法教义学的英美法版本。

公私法区分的法源标准说不仅忠承于将“法”（即“社会规范的总和、总体上的法、社会秩序”）与“法律”（即“由掌握社会权力者制定、伴随着通过权力进行制裁的规范”）间作区分的古典认知传统，〔7〕更重要的是，这里的“法源”并不是现代部门法研究路径中常见的关于制定法、判例、习惯等规范类型的静态组合性概念（或曰法的“形式渊源”），而是关于哪些规范可被创制为“法”的筛选、协商、公示公信的权威机制。易言之，在形式理性相对原始、社会多元传统根深蒂固的判例法体制下，法创制的立法中心与司法中心间必要角力的制衡观念更易被传承。法官、律师职业阶层与个案中所联系的海量当事人群体共同组成多中心法源协商民主力量，形成对专业立法与精英政治在分享社会共同价值前提下的持续制衡，本身就是私法自治的内容。这种对社会多元与政治文明价值保持主动开放性以创造私法边界维持所需有利政策环境的态度，与对体系外价值与伦理等实证因素有意保持区隔、期望通过塑造“体制中立”直达私法自治价值核心的民法教义学形成对比，却与前一般私法时代“市民法”、“世俗宪法”等义项中的古典民法法源特征形成共鸣。

镜鉴之下值得探讨的便是：在多义项的民法向“一般私法”的转型过程中，是否因民法教义学与体制中立追求对这些义项可能承载政治文明开放态度的排斥，而疏漏了私法边界维持所需政策环境营造工作的专门性与重要性，从而使民法的体系化成就掩盖了自身的法源缺陷，反而损害了私法自治这一现代民法自定义核心价值的实现。

一、古典民法的法源特征

（一）古典民法的民族性与整体性

与商法比较不难发现，民法自诞生起因所调整社会关系跨越广大交换利益与分配利益领域，所包含类型远较商人职业关系丰富，从而在其创制与发展过程中不得不更多地运用哈耶克所说“人之设计”。常用手段是将相关法的创制机制纳入“民族”、“城邦”、“市民社会”等社会结构。〔8〕作为民法语源的“‘Ius civile’是所有市民的法，无须任何定语，是指罗马民族的法，因为 civitas（城邦）这个名词在罗马人中含有作为秩序社会的民族的意思”。〔9〕类似表述蕴涵了市民法的整体性特点。民法史中的民法是“市民的法”，市民具有包孕伦理与政治内涵的整体性。这里的“市民社会”是指关涉全部城邦共同生活的“人为的人群”。〔10〕查士丁尼于公元6世纪下令将罗马法律与学说编纂成《民法大全》，便是从形

〔6〕 同上书，邓正来代译序第26页。

〔7〕 参见〔日〕星野英一：《民法劝学》，张立艳译，北京大学出版社2006年版，第3页。

〔8〕 民法学常借用政治学与哲学中的“市民社会”称之，孙宪忠教授将之译作“民法社会”。〔德〕汉斯·哈腾鲍尔：《民法上的人》，孙宪忠译，《环球法律评论》2001年冬季号。

〔9〕 〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1996年版，第4页。另见 Mogens Herman Hansen, *Polis: An Introduction to the Ancient Greek City-State*, Oxford University Press, 2006, p. 56.

〔10〕 徐国栋：《商品经济的民法观源流考》，《法学》2001年第10期。

式上“把罗马民族在组织、民众大会、政府以及僧侣团体方面的制度，同公民个人、家庭组织以及家庭关系方面的制度统一起来”。^[11]可见此时的民法被有意识地创制为关于本民族生活全部的法，调整范围从私域、非官方公域一直延伸到官方公域。^[12]

（二）法源多元性的立宪价值

整体性使古典民法具有原始的立宪特征，这将使古典民法混同为居于法律效力等级顶端的现代“宪法”，因为宪法的词源——希腊文“politeia”——所代表的正是对“一个社会的生活方式”的整体法律表达。^[13]古典民法的创制过程曾向多元社会直接开放，使这一过程成为城邦与民族内部秩序中“人之行动”与“人之设计”间和平角力的场域。这接近哈耶克关于宪法的功能“旨在确使自生自发的法律得到遵循”的定位。^[14]

一方面，始终存在血缘、语言、宗教、风俗、阶层斗争与妥协等因素的自生自发，以及兄弟民族间平等互助秩序的自生自发，在此基础上，“罗马人与古代文明民族共有的或者在同他们关系中逐步创立的规范总和”^[15]——万民法得以形成。与之相应，民众造法与裁判官、法学家的权威都能参与到国家治理中，数个创制法的中心都能从各自角度对传统市民法的丰富与优化产生效力。^[16]“创制法的活动不是‘专制的’，不是摆脱一切约束的，因为这是一种‘市民’制度。”^[17]乌尔比安教材中“Quod principi placuit, legis habet vigorem (D. 1, 4, 1 pr.)”的本义为“君主决定之事具有法律效力”，而君主得作出这样的决定只因人民的授权。^[18]不仅裁判官可以通过司法活动实质发展市民法，推动万民法的生成，习惯等非制定法也可以通过司法活动成为处理私人争议的规范。^[19]

另一面，在与外邦、外族交往竞争，对外输出民族软硬实力，融合、征服外族或抵抗融合与征服的过程中，强化动员、区分内外身份、加速自强的励精图治也不可缺少。“民族主义”由是而生，并帮助罗马民族在与商人同盟、宗教组织、城市及缺乏设计的落后民族等社会组织形态的竞争中脱颖而出，不仅由原本平等相待的多元社会组织群落中的一员上升为代表大社会的顶层结构，还借助在此过程中形成的强力机关——国家——将其他社会组

[11] 前引[9]，彭梵得书，第2页。

[12] 邓正来认为，私域主要指不受国家行政手段干预的经济领域，官方公域指政治国家，而非官方公域则是指国家政治安排以外市民社会能对国家立法及决策产生影响的各种活动空间，如在电视、广播、报纸等传媒中表达意见和观点。参见邓正来：《国家与社会：中国市民社会研究》，北京大学出版社2008年版，第9页。

[13] 古典时代的人谈到 politeia 的时候，想到的是本质上为其政府形式决定的一个共同体的生活方式，所赋予这个词的内涵比现代人通常理解的“政府形式”的范围要广泛得多。politeia 的英文翻译应该是“regime”（制度），类似于法语中“ancien regime”（旧制度）的含义。参见[美]列奥·施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，生活·读书·新知三联书店2006年版，第138页。

[14] 前引[5]，冯·哈耶克书，第211页。

[15] 前引[9]，彭梵得书，第4页。

[16] 盖尤斯《法学阶梯》第1卷第2至7题详细罗列了由人民制定或批准的法律、元老院决议、君主谕令、裁判官告示、法学家的解答组成的法律渊源体系及其等级秩序：人民制定的法律最重要，其余则为辅助。参见[意]乔万尼·罗布兰诺：《帝政时期的大共和国——优士丁尼〈国法大全〉中的共和学说：〈学说汇纂〉第1卷第2、3、4题》，肖俊译，载[意]桑德罗·斯奇巴尼、徐涤宇主编：《罗马法与共同法》第1辑，法律出版社2012年版，第130页。

[17] [意]朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，斯奇巴尼所作“引言”第3页。

[18] 参见徐国栋：《是君主喜好之事还是元首决定之事具有法律效力——对元首制时期和优士丁尼时代罗马宪政的考察》，《现代法学》2011年第4期。

[19] 参见彭中礼：《法律渊源词义考》，《法学研究》2012年第6期。

织形态整合在其所设计之“大社会”内，继而令其在“亚社会”的地位上各安其位。哈得良皇帝于公元131年命令法学家尤里安对裁判官告示进行汇编，裁判官由此失去创制法律的权力。依托各民族间交往行为并主要通过裁判官告示形成的万民法，在罗马民族国家膨胀以后，一如后来商人法的命运，被纳入罗马市民法内部而消陨。^[20] 君主谕令使法的民众、裁判官、元老院的多元创制中心与古典法学逐步没落。随之而来的查士丁尼法典编纂，便成为对汗牛充栋的皇帝谕令的整理与对古代渊源的筛选与整合。

二力相角，制定法的优势地位日益显现，但对法的多元创制传统的妥协也作为代价而长期化，形成了人民本位的制定法对君主专断意志的持续限制。元首制“并不意味着共和国的结束”，而是试图以“帝政时期的大共和国”解决把共和制度（民主政体）适用于范围更为广大的民众的长期难题。^[21] 哈耶克认为，被后人奉为典范的查士丁尼法律编纂所赖以为基础的古罗马私法几乎是法律人（jurists）发现法律的产物，只在很小的程度上是立法的产物，但同时指出这项成就却在日后被错误地视为是统治者所创造的并反映了统治者“意志”的“立法”模式。^[22] 徐国栋教授也指出，乌尔比安对君主立法权的评价在后来的英语世界与我国被译为“君主喜好之事具有法律效力”，实为误读。^[23]

总之，在这一时期法源是实质性的：它不仅成为集合能够当作裁判规范的所有规范的整合性概念，更成为各规范间竞争与妥协的平台。规范的搭配格局正是通过法律渊源这一法的创制工具而形成自洽的规范适用理论，为各种社会力量间博弈的正当化提供了法制框架。^[24]

二、民法转型中的法源变迁

（一）法典编纂与民法向一般私法的转型

第一部近代化的民法典是1753年巴伐利亚普通邦法。^[25] 根据女王诏书，法典编纂“只包括私法部分”。从此，民法不再以民族法律综合体的形象示人，转型为“部门法”与“一般私法”。但这一转型究竟是何含义，又在多大程度上完成了？乌尔比安关于“私法是关于个人利益的规定”的定义究竟如何落实为“只包括私法部分”的规范外延？此前，“私法”从未获得过实证法中的整体呈现，“私法学说以及对私法的文字阐述工作在18世纪的发展过程中逐渐被体系化”。^[26] 虽然梅里曼、艾伦·沃森等人均反对以法典化为标准区分大陆法系与英美法系，^[27] 但不少学者仍强调在大陆法国家制定法在将“私法”创制为“私

[20] 参见姜栋、马海峰：《略论罗马裁判官法》，《延安大学学报》（社会科学版）2010年第3期。

[21] 前引[16]，罗布兰诺文，第106页。

[22] 前引[5]，冯·哈耶克书，第128页。

[23] 前引[18]，徐国栋文。

[24] 参见前注[19]，彭中礼文。

[25] 参见[美]艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，第148页。

[26] [德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯：《十九世纪德国民法科学与立法》，王娜译，法律出版社2003年版，第178页。

[27] 参见前引[25]，沃森书，第3页；[美]约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第26页。

法律”过程中的关键意义。^[28] 法典被公认为一种快捷方便的确立法外延的找法路径。

在巴伐利亚女王诏书颁布一个世纪后，蒂堡指出：“现代国家必须而且能够给它的公民制定法律，用一套理性法确立的并依靠理性实施的准则去全面安排公民的生活”。为此需要通过统一法典统摄法的创制机制，防止被那种“由聪明的、巧妙的、前后一致和不一致的规定形成的事实上的可怕混合”、被“《民法大全》并非一目了然、无法看清的杂烩”所羁绊。这符合当时民族自由党将帝国立法权由俾斯麦时代宪法（第4条）规定的局限于缔造统一大市场的债法扩大到缔造全部民法的主张。作为反对面，萨维尼认为法是民众信念、民族精神的产物，法是通过内在的、潜移默化的力量，而不是通过立法者的专断意志形成的。^[29] 这一立场后来被哈耶克用于支撑其建立在自生自发秩序上的宏论。^[30]

蒂堡与萨维尼之间并未发生关于法典编纂取舍的简单对立：他们均聚焦于“民法是怎么得来的”（法源），均聚焦于法的民族性，只是或从民族国家（人之设计）角度出发，或从民族秩序（人之行动与呈现）角度出发。萨维尼的拒绝限于改变法或更新法的立法。至于仅仅记载现有法的法律制定，本不为民族精神说所反对，只因在其看来，可确保将现有法制定为法典而实现“最大的法确定性”的法学能力与“合适的语言”阙如，难保法典编纂不混淆甚至异化为专断立法。

对此，雅科布斯后来评价道：“一个有能力将现有法制定为法律并将制定法的确定性作为编纂法典的目标的时代，永远不会到来……无论有能力编纂法典的时代是否真正发育成熟，法典编纂问题必定要先于这样的时代产生。”这隐含了法典编纂的“立法使命”：对身处飞速发展时代的德国，“立法者的真正使命是：塑造民众的共同生活，形成对只有通过政治决定才能消除的弊病的快速反应，进行改革，积累经验”。^[31] “规范性法是‘人之行动而非人之设计的产物’，它需要时间沉淀。在一个飞速发展的时代，生活的变化总是快过自发秩序形成所需要的周期。”^[32] 在积极入世者看来，民族国家化的速度总是超过社会自发整合的速度。这就给立法介入以催化、引导与加速私法自生自发的进程提出了要求。哈耶克认为，公法有必要组织一种能够使作为其基础的自生自发秩序发挥更大作用所必需的架构。^[33] 立法正是旨在建立这种架构，并对内部规则演化的催化加速能力而反令私法外延在实证法中被整体圈定：需要通过建构性手段克服演化惰性的自生自发秩序属于私法，对自生自发秩序的干预手段则为公法。

于是德国民法典编纂过程中一个奇怪又合理的妥协得以达成：一方面，法典编纂坦然自认是实现民众信念规范化的技术过程，制定民法典的任务被交给了温得沙伊德和罗特这些历史法学派中成长起来的学者。德国民法典“是秉承历史法学派精神制定的”，“在记载和统一现有法方面具备法学性；但在排除政治因素这方面，又具有实证主义性。该民法典

[28] 参见易继明：《大陆私法的源流》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第16卷，金桥文化出版（香港）有限公司2000年版，第387页。

[29] 参见前引[26]，雅科布斯书，第14页。

[30] 参见前引[5]，冯·哈耶克书，第22页。

[31] 前引[26]，雅科布斯书，第44、42页。

[32] 毛玮：《论行政法的建构性与规范性》，《现代法学》2010年第3期。

[33] 参见前引[5]，冯·哈耶克书，邓正来代译序第25页。

排除政治因素的原因在于，人们认为法学的能力即创制法的权能受限”。^[34]但另一方面，法典编纂完成立法的政治任务也未被耽搁。私法整体化并不是法学假托学说汇纂框架去摹写没有分歧的“现有私法”的外延的过程，而是将体现自生自发秩序与民族精神的历史性的法源，纳入追赶甚至超越生活变化、形成对“弊病的快速反应”的民族国家强权时代的立法规划中，被理性地予以呈现。法学家自认代表人民，试图将涉及民众共同生活的全部法源纳入是否存在弊病的问诊，通过制定法上的取舍进行快速反应，追赶社会生活的快速变化并塑造民众共同生活。

在这里，法典编纂的政治任务正是为使民族的自生自发秩序在民族国家化的新环境中发挥更大的基础作用（而非成为阻力），意图一次性地将所有可能发生分歧的私法领域及各种历史性法源集合到现有公共政策的评价之下，而私法的“外延”正是因这一集合评价机制而获得了立法的圈定。这一对“或存分歧”的私法（这种分歧是不可避免、层出不穷的）的集合评价机制顺应了同时代国家政治中的集权策略，令民法典编纂难免隐含立法或曰公法性的一面。

（二）商法法源独特性的消解

正是在这一时期，以旧商人法为代表的中世纪传统法律类型逐步丧失了独立地位。早在12世纪，商人法便因“泥足法院”中商人自助司法过程所体现的法源民主而获得了整体性存在，这早于民法一般私法地位的获得时间。司法在规范选择中的中心地位延迟了法权林立时代各法源间“恶性”竞争的尽快终结，但如哈耶克所说，“法官经由努力所导致的结果，也是那些‘人之行动而非人之设计的产物’中的一个典型事例，其间，经过无数代人的实验而获致的经验，包含了比任何个人所能掌握的更多的知识”。^[35]在司法平台上数代人实验而致的不同商事习惯、先例间展开制度竞争，在竞争中不同规则体系相互对照，照出各自的盲区（即哈耶克所说“未阐明的规则”）。这种个别化、无中心又相互影响的不同习惯、判例共同参与型构那理性不及的自生自发秩序的努力，为后人积累了不可或缺的来自实践的各法源优劣比较的知识、方法与经验。但这种在罗马国家与近代民族国家之间的短暂时间差里，依托城市在与国家赛跑中暂时的领先地位而获得的私法局部呈现模式，在民族国家后来居上后，迅速成为私法全局统一的对象。商事习惯法被纳入国家立法乃至民事立法框架而丧失了其传统法源特征，一裁终局的商人法院因王室法院创制案件上诉功能而在案源竞争中渐处下风，商事纠纷处理机制被纳入民事诉讼范畴而国家化，商人法遂转型为一般私法辖下的子部门。^[36]

（三）制定法优位与近代民法立宪功能的嬗变

近代民法的立宪特征是，缘于在中世纪广袤豪强的多元社会中重新凝聚出具有强大动员力的公权力、促成民族国家化、划分公私领域并重建二者关系的需要，民法力求通过获取与国家疆域相当领域内关于“私法律”的通约，取代多元社会、法源均衡及其造就的

[34] 前引[26]，雅科布斯书，第117页以下。

[35] Friedrich August Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Routledge & Kegan Paul, 1978, p. 80.

[36] 布鲁斯·L. 本森认为，王室法院在商法执行方面设置了前所未有的功能：通过创设上诉的可能性，弱化商人法庭及商人法本身的权威。[美] 布鲁斯·L. 本森：《没有政府的正义：中世纪欧洲商人法庭及其现代版本》，徐昕、徐向译，载史际春、邓峰主编：《经济法学评论》第3卷，中国法制出版社2003年版，第82页。

“无国家的宪法秩序”，整合中世纪以来分崩离析的各私人领域，形成“国家—社会”的整体关系。“民法典是形塑国家与社会的主要法律，它确认了以市场为核心的社会的运行逻辑。”〔37〕“民法典在规定民事权利的同时，也就划定了政府不得随便侵犯的范围。”〔38〕这种通过直接塑造民法社会从而间接呈现政治国家的法技术指征，也突显了公民法分离后私法优位的价值理想的内涵。在这个意义上，民法典自认为可替代同时代的正式宪法而成为保障自由的“宪章”。民法典被认为是19世纪欧洲国家法律体制建构中最为核心的价值判断和政治性抉择的法律文件。〔39〕这在最近时代的俄罗斯联邦民法典的编纂中又被续写。按俄罗斯联邦私法委员会主席苏哈诺夫教授的说法：“以民法典制定为契机，实现私法复兴在国家政策中的优越地位、私法在法律体系中的优越地位”。〔40〕

（四）法源形式化与民法法源的古近分歧

与古典民法的法源特征相比，近代立法者借助学说汇纂等理路，只为给民法由综合整体法向部门法的私法整体性转型寻求技术与体系框架。随着法典编纂的完成与民法的“整体与一般私法”地位的确立，立法取代司法成为法律创制的权威中心，令非制定法（如习惯、判例）降格为从制定法那里获得法律效力的次等法源。法源的古典观念被近代的“形式渊源”甚至是“法的形式”所遮蔽，法源作为法创制机制的工具意义随之衰落，由法源多元承载的古典民法立宪功能自然无以为凭。“法、德之宗承罗马法已不免文胜于质，得形而忘意。”〔41〕民法渊源的形式化、制定法对法源的“篡越”也引来了冯·基尔希曼的炮轰：“立法者的三个更正词就可以使所有的文献成为废纸”。〔42〕

为弥合法源特征的古近分歧，温得沙伊德将民法典编纂的使命描绘为“发现利用制定法发现法的方法”，并承认立法者的思路并不完美，需要立法者以外的人参与思考法典，“通过发掘立法者的真实想法‘找到立法者真正想要的东西’”。〔43〕雅科布斯对德国民法典进行了特别赞许：“德国的法典编纂的真正特点是在法典编纂的过程中对立法者的诸多限制，尤其是它对许多人们期待回答的问题都没有作出回答，没有作出决定，将文义解释工作留给科学界和实务界，由此承认了法学是法典之外具有持续影响力、超出立法行为本身的力量。稍微夸张一点地说，德国法典编纂的特点不是它所规定的内容，而是它所欠缺的内容。”〔44〕这说明民法典编纂的意义充其量是以篇章结构概括“或存分歧”的现有私法领域，以对分歧评价提供问题起点与正式商谈平台，而远非对分歧的评价结果。卡尔·拉伦茨在反驳冯·基尔希曼的同时明确了法学的任务：解释法律、发展法律、整合法律资料、为立法作准备；法学的研究对象为：包括法律和条例、体现在法院判决中的得到认可的法

〔37〕 谢鸿飞：《民法典与特别民法关系的建构》，《中国社会科学》2013年第2期。

〔38〕 韩世远：《论中国民法的现代化》，《法学研究》1995年第4期。

〔39〕 德国民法典起草过程中第二届委员会的重要成员索姆（Rudolph Sohm）即主张，保障自由的“宪章”（*magna charta*）是由私法构成的，而不是由宪法构成的。参见薛军：《“民法—宪法”关系的演变与民法的转型——以欧洲近现代民法的发展轨迹为中心》，《中国法学》2010年第1期。

〔40〕 前引〔1〕，T. V. Кашанина书。

〔41〕 苏亦工：《得形忘意：从唐律情结到民法典情结》，《中国社会科学》2005年第1期。

〔42〕 [德]冯·基尔希曼：《作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》，赵阳译，《比较法研究》2004年第1期。

〔43〕 前引〔26〕，雅科布斯书，第111页。

〔44〕 同上书，第168页。

律信念、法律要求，以及事实上起作用的各种标准在内的“整体实在法”，以及法律所调整的包括典型的交易行为、经济和社会的现状以及各种各样的制度在内的生活关系本身。^[45]这正是“民法教义学”的由来。

三、法源缺陷在民法转型中的消极影响

历史学家尤斯图斯·摩塞（Justus Moser）在萨维尼之前写下的戒语“时下于共同法律法规之偏好，实乃大众自由之危险……为专制主义铺平道路”，^[46]在民法教义学看来是体系外的政策评断，对民法体系化是无价值的，但它在法源分析中却可能呈现建设性之一面。

（一）民事立法与国家“通过民法的社会控制”

关于“通过民法的社会控制”，苏永钦教授认为，“对于民族国家的建立，法典以民族语言象征统一而唤起认同，加上其内容散发的共同价值，可以不带强制地轻易深入民间角落，实为极佳的统合工具”。^[47]徐国栋教授认为，理想的民众生活需要兼顾市民与公民两项人性标准，为此，市民法应兼顾组织一个社会与分配这个社会赖以存在的稀缺资源两大功能。^[48]同一时间北美洲以宪法形式做到的，欧洲大陆也用民法典来实现。^[49]法典编纂致力于在与国家疆域相当领域的大社会内整合中世纪以来分崩离析的各私人领域与身份世界为“大社会”的理想，首先要求抑制多元社会中代表各分众阶层利益的多元法律创制渠道（如商人造法），先集中后民主。

从政策角度看，民族国家时代的民主易被简化理解为选举与议会民主。法律的“合法性”基础在于议会多数派的意志基于少数服从多数的民主原则所享有的政治正当性。这一“政治正当性”是资产阶级为巩固其政治主导地位而压制其他社会阶层在政治格局中的影响力的产物。^[50]这样的法典编纂越是强调中立稳定，越是只具有反映特定历史时期的政治正当性及其背后政治力量格局的共时能力，将成为日后社会协商的阻力而异化为专断立法。日后为迎合政治格局瞬息演变与政治正当性变迁，民事立法日益具体化、特别化以及破碎化。加之20世纪以来党派政治为争取选票有意放大阶层矛盾的表演也渗透进立法进程，使立法的阶级斗争工具一面压倒阶层和解手段一面，表面上的选举民主与政党政治发展反而可能削弱了社会多元形成合力。

从技术角度看，民法学试图将在哈耶克看来只能默会的知识通过法典编纂及其技术提纲挈领地“唱出来”，而又要“让法国农民在油灯下也能读懂”。但这些知识法国农民从来就是“懂”的。法国农民再次“读懂”的东西中无法避免法学自命之法学技术的“喧宾夺主”，真正默会民族精神与民族信念的民众自觉被催眠，从此人们无法分清也不再试图分清

[45] [德] 卡尔·拉伦茨：《论作为科学的法学的不可或缺性——1966年4月20日在柏林法学会的演讲》，赵阳译，《比较法研究》2005年第3期。

[46] [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第13页。

[47] 苏永钦：《寻找新民法》，元照出版社2008版，第7页。

[48] 徐国栋：《论市民——兼论公民》，《政治与法律》2002年第4期。

[49] 参见前引[47]，苏永钦书，第79页。

[50] 参见前引[39]，薛军文。

民族精神威信与民法典威仪间的区别。^[51]民法的法源缺陷被正是为这些缺陷所漠视的人们在民族国家意识形态诱导下形成的特有“私法情感”以及法学家的巨大作用所掩饰、美化。至于德式民法与法式民法之规范内容与解释论的差异，多少有人为夸大之嫌。有意义的区别点是，潘得克吞编撰了学者阶层专用的类似电脑编程语言的符号语言，实现了民法社会的符号通约。最“坏”的可能是，借助它即便不与人民交流，也能仅按语义逻辑不断“创造性”地发现与解决问题，使民法学展现了永恒的问题意识与前瞻性。这不仅使将民众信念予以清晰、规则表达（法的确定性）这一法学自定义任务被进一步自定义为法学（确切地说是少数职业法学家）的垄断任务，^[52]防止那些“读不懂”法典的人民仅赖对民族精神非专业地点滴默会便跻身法的创制者之列，损害法的权威性、确定性与连贯性，也方便了基于这套符号语言进行学术共同体建构、学术水平与正统性评价，将其时凌乱的司法权威框进学术共同体，并将学术异己开除出去。潘得克吞使制定法拥有了前所未有的建构唯理主义践行力，实现了对民法知识多元在形式上的统一，完成了制定法优位时代私法整体性（一般私法）的最终进化。

通过渗透进立法功能的法典编纂整合中世纪以来分崩离析的多元社会的努力的代价是，可能造成另一种意义上的分崩离析。借助对统一制定法的倚重、吞并其他法的创制途径，国家可以选择性地阻碍某些主动参与私法发展的社会中分众团体的成长之路。例如，商人可能被“蓄意”等同为对自组织无主见的法国农民，从而也需要商法典编纂来代言，同时却放任、诱使对法治环境漠不关心的“散众”成长。民法学上无差别的抽象人格由是而生，再将这说成“身份到契约”运动使然，创造出对民族国家持久安全的公私对局。布罗代尔指出，五个世纪以来现代性中的国家与市民社会的分化过程，是民族国家形成过程的伴生物，是市民社会在国家的制度安排下形成的过程。在不同国家哲学下，统一民法典诞生不久便发生了社、资两大社会形态的决裂与长期的制度竞争。两大阵营的核心国家竞相以自己的国家理想安排自己与盟国市民社会的成长，成就了不同政治精英理想中关于民众自治与国家管制间的混搭比例。^[53]虽然民法很难以各色混搭之规范内容产生直接的社会建构效果，这如克尼佩尔所说，“接受《德国民法典》在本质上只是倾向于接受法典化的行为，即以成文法的形式表述法律，而不是接受新法典的内容。相反，关于一部新的法典也创造出新的内容，新的法典必须重塑社会的期待却遭受了令人失望的结果”。^[54]但正是那看似轻描淡写的“以成文法的形式表述法律”的法源立场，引发了比以体系规范内容直接建构社会更深远的影响。同为伟大民法典故乡的德、日在各自法典诞生后不久，便沦为法西斯帝国与世界大战的挑起者。当然不能说“以成文法的形式表述法律”的机制本身为专制主义铺平道路，助长了法西斯在大陆法国家上台，同样不能反证判例法体制在英美法国家防止

[51] 冯·基尔希曼认为“这是法学的胜利，它搞出了一种法律，一种民众不再认识的法律，一种不再存在于民众心目中的法律，一种被民众视为与无法控制的自然力量没有区别的法律”。前引〔42〕，冯·基尔希曼文。

[52] 参见前引〔26〕，雅科布斯书，第38页。

[53] 这一比例可以被量化。俄罗斯民法即可被定位在“约”八分私法而两分公法的混合法地位上。依公私法“配比”之不同，当代俄罗斯“私法学”将民法、土地法、家庭法、知识产权法等排列为私法家族成员的类型序列。前引〔1〕，Т. В. Кашанина书，第38页。

[54] [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，第37页。

了法西斯的出现，而是说，自认代表人民的法学家主导的统一法典编纂在占据私法法源核心位置、解散法源多元与司法牵制等社会制衡力量以后，在法的创制机制方面，就再没有什么力量能够阻碍同样名义上为制定法而实为专断意志的《帝国公民法》、《民法典》等一锅端地接管制定法主导的社会规范体系，以别样方式迅速实现当年蒂堡“用一套理性法确立的并依靠理性实施的准则去全面安排公民的生活”的理想——这正是两大法系政治与社会文明比较的重要区分点。^[55]

（二）民法体制中立形骸化

哈耶克针对所谓集权体制下的法律批评道：“它们之所以是荒谬的，倒不是因为它们赖以为基础的各种价值，而是因为它们误解了使‘大社会’和文明成为可能的那种力量”。^[56]今日西方大陆法往往将那些执意全面塑造社会整体的社会主义民法列为自己与英美法的共同批判对象，将在苏俄民法中滥觞的“经济合同”、“国家所有权”、“国家单一制企业”、“公民人格”等概念划为国家对社会的同构工具，^[57]认为它们是民法体系对体系外专断意志过度开放才导致的概念错乱。^[58]这些民法典被描绘成政治国家派驻市民社会的“保长”。而德国民法典“无意甚至故意不关注时代提出的重大社会秩序问题”，^[59]以对政治因素乃至民族性的审慎排斥而确保“体制中立”的态度获得广泛赞誉。民法高度精粹、技术性的语言，“有可能抽离于各种社会的生活条件和世界观，放之四海而皆准。但一旦适用于具体社会时，又能和该社会其他部分的运作不至扞格”。^[60]这为东方智慧转述为“民法典可以非常老子的‘人法地、地法天、天法道、道法自然’，描绘一个没有公权力介入的私法秩序，但不拒斥任何公权力的介入”，^[61]从而太极般化解任何公法渗透，确保法典编纂与专断立法间的界限。

哈耶克认为，要通过制定法将市民社会的公分母提炼得恰到好处，既选择性地回避了提炼者不愿拘泥的他所处那个社会的生活条件（尤其是政治因素），但同时又选择性地能与作为无数代人之行动总结的民众信念的全貌与细节遥相呼应，适合作为未来法律解释等法续造工作的起点，以便随时反作用于复杂且变动的社会生活，对于由凡夫俗子依据有限智慧与人生与迥异个性而进行的立法活动来说，难免过犹不及。^[62]为使体制中立“可道”、“可能”，层级不一的民法概念与规范通过解释建构成守望相助的“体系”，以提高民法整体的自洽与漏洞填补能力，法典睿智留白辅之以法学解释补白亦常态化，但这些都逃不过对“体制中立”观测点的具体化与形象化这一“人为设计”的局限性。

体制中立要传达的是根本无须专门学习的“小孩子都知道的基本原理”（多玛语）。小孩子的思维常常是“看图说话”式的。体制中立逐步被“任何社会要存续……只要人类存

[55] 冯·基尔希曼也认为，“沉溺于私法文化的罗马法学家们是专制的忠实仆从，他们为帝国时期的独裁制度作注脚时的那种平静、那种细致入微，与为共和时期呼吸着自由空气的法律作注释时完全相同”。前引〔42〕，冯·基尔希曼文。

[56] 前引〔5〕，冯·哈耶克书，导论第9页。

[57] Rolf Knieper, *Stability and Transition in the Civil Code of the Russian Federation*, 44 McGill L. J. 265 (1999).

[58] 朱岩：《社会基础变迁与民法双重体系建构》，《中国社会科学》2010年第6期。

[59] 魏磊杰：《论民法典的保守性》，《甘肃政法学院学报》2011年第5期。

[60] 前引〔4〕，苏永钦书，第4页以下。

[61] 前引〔47〕，苏永钦书，第305页。

[62] 参见前引〔5〕，冯·哈耶克书，第100页以下，第113页以下，第220页以下。

在资源禀赋的差异与社会分工，就会缓慢地出现互通有无、物物交换和互相交易”〔63〕这一经验、具体且部分性的社会关系阐明。关于市场从社会关系中脱颖而出，“市场社会”挤占大社会核心并令同样待大社会整合的其他因素边缘化，近代民法对社会最重要的假定是人与人在交易中地位的互换性。〔64〕市场社会不过是商品经济的别称。即便在扬弃商品经济民法观、代之以民法的市民法性质判断的学者那里，“市民社会”亦是论者按己所需，从纷繁复杂的哲学、政治学市民社会理论集合中，截取自认为适合民法解释的片段。但裁剪中却又多向心于市场经济而体现了一定规律，形成民法学独有的市场经济与市民社会间的强正相关，而市民社会中“非官方的公域”则被民法学有意回避。在我国、俄罗斯的民法学教材中，民法性质往往被标注为“市场经济基本法”而前置为“市民法”。〔65〕在日本等民法继受先贤那里也可见类似表述。〔66〕最近时代德国等国民法典再编纂以及欧洲统一民法典编纂真正获得推动者，也主要是围绕建立“统一市场”展开的债法现代化，物权与家庭等部分则困难重重。将民法与经济关系联系起来，开启了民法的财产法转向。

卢曼、托依布纳等系统论法学家认为，在功能分化的现代社会中，作为价值中心的市民社会并不存在，存在的是诸个相互独立又发生结构耦合的“社会子系统”，包括政治、经济、宗教、艺术、教育等，现代社会的整合机制是各个系统在保持独立中的系统整合。托依布纳进一步指出，作为私法的一项任务，社会的“系统整合”只是针对高度社会分化的一种反应，也就是说子系统高度自律并相应地在各子系统之间相互演化。如此一来，系统整合就无法通过一个居于中心的机构完成，而是要“去中心化”，即在个别系统内予以反省，逐一反思单一系统对整个社会的功能是什么。由此他还批判了建立在“整体/部分”观察框架下的“国家与社会”、“公共与私人领域”、“公法与私法”的二元整体对位观，代之以“系统/环境”的分析路径。照此路径，任何通过某种向心性私法设计将私法所调整社会关系系统合为市民社会“整体”，再整体性地区别于同样整体性的政治国家的意图，都是对现代社会中私法任务的误解。将任何自律发展又相互影响的多元亚社会（或曰社会子系统）中一员的影响力理解为公分母的基础，都可能是对其影响力的夸大。曾经脱颖而出为大社会代表的统一大市场在认识中应回复到多元社会一员的平等位置上，既无从担任社会关系的领导，更无从担任社会公分母。〔67〕

申言之，观测点的具体化与形象化虽然增强了体制中立的可知、可量与可操作性，但却与体制中立的本义形成矛盾。体制中立由此对市场及有关方面以外的同样待民法控制的其他社会关系丧失了公允的公分母效力——这一效力只有在公平地抽离各种社会条件（当然也应包括市场条件本身）下才能形成。至少是，这种公分母效力被其提取过程中有意忽

〔63〕 前引〔37〕，谢鸿飞文。

〔64〕 参见梁慧星主编：《从近代民法到现代民法》，中国法制出版社2000年版，第171页以下。

〔65〕 参见李开国主编：《民法原理与实务》，中国政法大学出版社2002年版，第13页；张玉敏主编：《民法》，法律出版社2007年版，第14页；郭明瑞、房绍坤主编：《民法》，高等教育出版社2012年版，第6页；汪渊智主编：《民法》，法律出版社2006年版，第6页；Гражданское право: В 2 Т. Том 1: учебник/отв. ред. проф. Суханов. Е. А. - 3 - е изд. перераб. и доп. - М.: БЕК, 2007. с. 2; Гражданское право: В 4 Т. Том 1: учебник/отв. ред. проф. Толстой. Ю. К. СПб.: Издательство, Юридический центр Пресс, 2006. с. 27.

〔66〕 日本学者星野英一也谈“作为市场经济基础部分的民法”。参见前引〔7〕，星野英一书，第24页以下。

〔67〕 [德] 贡塔·托依布纳、顾祝轩：《私法的社会学启蒙：对谈当代著名法学家托依布纳》，高薇译，《交大法学》2013年第1期。See also G. Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

略且不可全部预知的其他待整合社会因素埋没而越来越难以察觉，渐次过渡为可以忽略的口号。体制中立针对的规范范围越来越成为民法学按其理想随意修葺的价值范畴。所谓体系内与体系外的边界在最典型的市场交易互换领域以外变得莫衷一是，乃至民法教义学自认为得拒斥外部政策的“体系内”的位置判断本身，就是基于论者各自动机不同的实证分析、政策考量而得出。所谓民法的“有限开放性”因这一“限度”含混游移而名不副实。因此，将民法的一般私法地位解读作全部私法的基础、“民法不仅是在没有特别法之处具有正当性的法，而且还具有另外一个侧面，即构成这些特别法的基础，为特别法的内容指明方向”〔68〕之类越来越不切实际。社会“其他部分”跳出民法典自以为周延的规划乃至留白范畴以及体制中立所能解释与补白的范围极限，出现特别民法蔓延之势，便顺理成章了。

（三）特别民法扩张失控

随着福利国家时代的到来，公法对私法的介入更为专业、绵密。有人认为民事特别法在规范数量与功能上已全面平衡甚至超越了民法典，现代私法真正重要的发展体现为特别民法。不仅商法、知识产权法等“补充型特别民法”因体系杂糅难以纳入民法典，消费者法、劳动法等“政策型特别民法”、国有企业与资产管理一类“行政性特别民法”更因其与体制中立越来越尖锐的矛盾而无法纳入民法典。〔69〕民法典“统一国法”、“揭示价值”、“建立体系”、“集中资讯”等传统价值遭受“多元民主”、“短期国会”、“案例思考”、“资讯革命”的严重冲击，不免步入“民法典的黄昏”。〔70〕但这充其量反映了统一与分散立法间的消长更替，或曰“去法典化”的表象。

危机的实质是民法的法源缺陷：公法进入特别民法的趋势因法源分析欠缺而处于为传统民法教义学难以辨识、衡量与控制的状态，无法体察“补充型特别民法”与“行政型特别民法”背离民法典的不同诱因与意义。从表面上看，民法典与特别民法分化引起调整对象分化乃至“民商分立”体制下的社会分化均可形成，似乎颇合拖依布纳系统论法学中的社会分化格局。但实际上，在商人法时代与更远古的古罗马法早期，以法源多元、法制过程中司法选择中心为基础的各社会系统自律发展又相互演化以制衡超社会顶层建构力量、权力中心的格局，在现代大陆法国家民法典与特别民法对市民社会的分治格局中几近无存。特别法挤占民法典空间（如民商合一与民商分立之争）实为分散制定法与统一制定法间的“内讧”。虽然可以通过立法宣示民法典的一般私法地位对特别民法的公分母效力，甚至如有学者认为的那样，“无论何种特别民法，只要没有纳入民法典，民法典都宜设授权条款，即规定某些内容由特别法规定……部分实现民法典的价值引导功能”，〔71〕但且不说怎可能对日后所有特别民法进行预判，仅就民法典在与特别民法的关系中日益呈现的被动地位，就很难指望这种对公法渗透的控权措施有落实可能。无法指望不还原民法法源的历史内涵，仅以同一体系内的此制定法就能限制彼制定法的专断倾向。

危机的根源是民法控权（力）能力与民主自觉丧失：因应大社会整合目的的法典编纂消灭了历史上商法等亚社会传统法源的独立地位，将之降格为制定法层面的补充型特别民

〔68〕〔日〕山本敬三：《民法讲义 I 总则》，解亘译，北京大学出版社 2004 年版，第 8 页。

〔69〕即便是德国近年来也出现了特别民法的井喷。参见前引〔37〕，谢鸿飞文。

〔70〕前引〔47〕，苏永钦书，第 5 页以下，第 251 页以下。

〔71〕前引〔37〕，谢鸿飞文。

法, 无论是否赋予其商法典之名, 都解散了多元社会通过法源民主对大社会顶层中央集权核心(无论它是专制的还是选举民主的)的制衡力量。就节制正是社会顶层权力渗透形式的行政型特别民法的膨胀而言, 民法典是“自废武功”为特别民法的补充。民法重蹈史上被自己一手埋葬的商法等传统法族因法源衰落而遭整体性消解命运的覆辙, 也算因果循环。

于是才有哈耶克对大陆法国家私法法源特征的共同批评: 大陆法国家均存在将对大社会顶层的“刻意安排”嵌入所有秩序的意图, 其人为设计部分都“只具有该秩序的创造者能够审视且把握的那种较低的复杂程度”。〔72〕西欧民法对俄式民法的否定实为五十步笑百步。其背后则是黄仁宇对“法国大革命、俄国的十月革命和中国的长期革命”的联袂评断: 三种运动皆发生于具有大陆性格的国家, 都被强迫放弃过去以农业为国民经济本位的体制, 并采取以数目字管理的趋向。〔73〕

四、民法法源的完善

(一) 公、私法间法源序列的重构

哈耶克认为私法以法官法与判例为基础, 将立法等同于“专断意志”、“刻意而为”而打入公法源之册, 与其无可避免的本土法思维路径依赖有关。哈耶克对于大陆法上制定法并非必然会异化为“专断立法”、专断也并非必然代表贬义、民法教义学具有把握社会秩序的发展潜力等方面缺乏经验, 同时也忽视了美式自由市场的弊端及判例体制近年来的自我反思。〔74〕但这并不妨碍在继承罗马法衡平精神方面, 英美法可以“见道忘山、得意忘形, 反较欧陆更为传神”, 〔75〕不妨碍哈耶克作为旁观者为大陆法公私法分类提供法的实质渊源上的校验模型(序列一):

公法—立法→判例法—私法

与托依布纳存在共鸣的是, 哈耶克强调, 大社会中存在彼此重合的若干“部分性社会”(partial societies), 个人除了作为大社会的成员, 还可能是众多自生自发的次级秩序(spontaneous suborders)的成员。〔76〕在多元次级秩序间的角力中形成的均衡状态既可保障社会多元, 也可抑制超然于社会之上的建构力量(即后来的“国家”)对社会自生自发机制的替代, 这正是后来多元开放、限制公权的宪法基础要素之一。“大社会”“一般私法”(民法)的形成过程中, 各“部分性社会”的“分私法”(如商法)的局部呈现过程, 以及各“分私法”及所属部分性社会间的相互角力与均衡状态的获得, 均不可或缺。与之对应, 古典民法时代查士丁尼式的编纂可以起到与当代普通法近似的效果, 正式宪法具有为自发秩序

〔72〕前引〔5〕, 冯·哈耶克书, 第57页。如今的民法学研究日益陷入比拼精细的技术焦虑中, 正是进行了力所不能及的过度学术建构的体力透支使然。

〔73〕〔美〕黄仁宇:《资本主义与二十一世纪》, 生活、读书、新知三联书店1997年版, 第363页以下。大社会规模越大, 整体保持民法私法性的难度就越大。“民法公法化”颠峰发生在世界第一面积大国的苏联与第一人口大国的中国, 并非偶然。

〔74〕约翰·格雷认为, 哈耶克理路体系的症结在于没有探究对“后社会主义时代的核心困境”, 即不受管束的市场与社会凝聚力的诉求之间必然的冲突的协调。参见〔美〕约翰·格雷:《哈耶克与古典自由主义的消解》, 载〔美〕萨丽等:《哈耶克与古典自由主义》, 秋风译, 贵州人民出版社2003年版, 第398页。

〔75〕前引〔41〕, 苏亦工文。

〔76〕前引〔5〕, 冯·哈耶克书, 第68页以下。

生成创造条件的能力，以中世纪商人法为代表的亚社会多元造法曾经具有立宪意义，作为世俗宪法的民法在去政治化后立宪意义削弱。由此，由序列一可发展出从公法至私法法源的过渡性类型序列扩展版（序列二）：

公法（立法）……正式宪法→大社会世俗宪法（民法典）→多元亚社会自治法（商人法类）……私法（判例法）

这一序列无法对应生活中每一个真实的值，仅具有为公私法区分标准拓展法源学部分的“模型”价值，并由此拓展民法教义学宏观议题思考的范围：其一，规范私法属性的成立、保持与其法源特征的立宪能力呈某种正相关。其二，刻意去政治化、整体性构建私域、私法者，却可能总是处于紧张直面公法干预的前沿，反而是缺乏刻意的公私法区分的地方，可能通过法源的立宪意义及其对社会多元的维护机制，隐而不彰地建立起了公私法间共享普适价值的渐进过渡体制。其三，欲实现民法的一般私法化转型，一面可将正式宪法介于民法与公法之间，一面也应通过恢复亚社会法源固有特征、拓展民事司法对社会问题与政治问题的解决途径，恢复民法的社会组织能力，重拾民法世俗宪法的古典价值。其四，欲实现民法的科学发展，不仅民法的内容应立足现实、富于前瞻，还须于法学方法上具有前瞻性与开放性：开拓法源分析部分，发展自主与面向未来公私法和谐接轨的体系分析与整体建构能力。

（二）民法法源完善的突破点

1. 向正式宪法移交最棘手的社会整合任务

应向担任公私法调停角色的正式宪法移交市民社会组织与利益分配最棘手的顶层整合功能，令民法不再担当公私法领域间的楚河汉界而直面国家。^[77]梅利曼认为，随着今日世界主要文明国家宪法对个人基本权利的全面系统保护的发展，“民法典的宪法性作用也就因之而被剥夺。这种作用已由私法的基础转化为公法的核心。在某种意义上说，这种情况可称为私法的‘非宪法化’或‘非公法化’”，^[78]即指民法向宪法移交公私法边界维持功能（而非放弃自组织能力）。但这一过程不仅需要民、宪法学双方协力向对方寻求接轨，还需以宪法秩序日益发达、基本权利体系日益成熟为依托。^[79]民法学与宪法学应共同分析与清理民法在维护市民基本权利、与公法规范接轨的被动性等方面的问题点，共商功能移交范围与程度。这如建构一般人格权的发现渠道与国家保障机制，对国家机关与企业等公法组织获得私法上主体地位的程度与手段控制，通过法人与非法人制度体系区隔实现结社自由控制与团体身份格局再造的合理性与限度，国家所有权的特权与负担合理性证明，农民财产权与身份利益的保护、牺牲依据与程度证明，行政管制规定是否应当构成民事法律行为效力判断的引致性规定，事关全体市民社会结合秩序的现在与未来重大问题是否应提交（或新立）违宪审查，基本权利的第三人效力等。最近欧洲人权法院以判例干预各国民法之演进便是典型例证。正式宪法将成为介于私法与公法间的第三方，降低民法直面政治国家的风险。

2. 承认民事司法的法创制功能

民法的某些功能向宪法移交，决不意味着民法放弃通过其自身法源的完善所体现的世

[77] 参见前引 [47]，苏永钦书，第 289 页。

[78] 前引 [27]，梅利曼书，第 101 页。

[79] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 58 页以下。

俗宪法价值。哈耶克认为,在欧洲大陆思想尤其是黑格尔思想影响下形成的“国家”与“社会”对位观,是在应使用“政府”的地方误用了“国家”概念。由于关注的是“在一个国家中的问题”,故与代表自生自发秩序的社会对位的应当是直接推行法律与实施政策的政府。政府也是大社会中专司公共服务与实施强制功能的社会自生自发秩序的亚社会一员,是为维系这一秩序而提供条件的组织之一。^[80]此认识不仅有助于降低超社会的国家机器通过制定法至上而对社会内部多法律渊源的垄断风险,还因将政府纳入社会内部,降到与社会其他组织同等的层次上,为法律创制的多元民主,以及法官在服务自生自发秩序、发现私法规范活动中的能动地位寻获了政治依据,司法方有望成为社会问题与政治问题的中立解决平台。^[81]

民法学自不必苛求在思维中以政府替换国家,更不可能实现法源的整体判例法化,但有必要承认,制定法或许只是对“法”的不断发现与形成过程中由无数相对静止、类型纷繁的截面串成的历时期序列中的一环。法源是法的创制机制,是对哪些形式可称为“法”的发现与筛选的工具与方法。既然是工具与方法,就存在掌握与使用主体问题,存在法创制的立法中心(制定法优位)与司法中心(规范多元)的角力。既然是方法,就需要进行正当性考量,法源正当性将决定法律的“合法性”与完善潜力。由此可以将法源在认识论中区分为立法视野中被“虚化了的法律渊源概念”,与司法视野中作为“裁判规范组成的集合”且是“法官发现裁判规范的地方”的法源:“法律渊源包含了法律发现的方法”。只有在这里法源才是法律“正当性”、“合法性”的判断方法与理论。^[82]“法律不仅是一组固定的法律规范,事实上它是永恒的‘商谈(discourse)过程’,在此过程中各类参与者扮演了不同角色。”^[83]

薛军教授曾将我国司法解释比作中国式的裁判官法,以求证与专家性欠佳的人大立法相比,基于更为充分的法官专业性而形成的抽象司法解释升格入列正式民法渊源的正当性。^[84]如同罗马时代裁判官法通过对市民法的类推、拟制与决绝诉讼来创设新法源显然不可能是依据市民法而为,而是社会博弈的结果,^[85]从维护民法的私法法源适配性角度看,中国式裁判官法的创立须立足于包括裁判官法在内的法的多元创制整体特征的重构,方有体系效应,才能避免本应矫正立法不足的中国式裁判官法本身也异化为“二立法”,^[86]反因脱离名义上的人大民主制而增加专断性,削弱了法源的正当性。为此应严格控制司法解释的抽象性,科学规范最高人民法院发起抽象司法解释的条件、机制,并承认地方法院就地方特色性法律作出司法解释的权力,^[87]使司法解释的重点由现今对立法的文义解释,逐

[80] 前引〔5〕,冯·哈耶克书,第68页以下,第185页。

[81] Henry J. Abraham, *The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process*, 10th ed., New York: New York University Press, 1996, p. 21.

[82] 前引〔19〕,彭中礼文。

[83] Peter van Schilfgaard, *System, Good Faith and Equity in the New Dutch Civil Code*, 1 *European Review of Private Law* 2 (1997).

[84] 该观点见薛军教授在西南政法大学“民法成长论坛”的讲座“中国的‘裁判官法’——司法解释在民法体系中的定位问题”,2012年10月12日。

[85] 马海峰:《论裁判官对罗马法的贡献》,《云南大学学报(法学版)》2008年第6期。

[86] 金振豹:《论最高人民法院的抽象司法解释权》,《比较法研究》2010年第2期。

[87] 陈甦:《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》,《法学研究》2012年第2期。

步转向指导具体审判法官重回多元法源发现与评价权威中心的法源学方面，使在法官主持下的法源选择过程中更多吸收律师、当事人乃至社会公众意见的影响权重，做成系统化的商谈机制。在此可发挥关键作用的即是案例指导制度。发挥指导功能的并非典型案例的审理结论，而是包括审理结论在内的全部司法过程参与人关于事实求证、法律适用的寻找、比较、解释、争执的全部商谈过程。尤其是体现当事人法源取舍自治的典型法院调解案例，往往因可能发现固有法源在当事人之间的理解、变通乃至“创新”，以及对习惯、软法与成文法之间连接机制的生动呈现，正合私法自生自发要求，而更应考虑入列指导案例。应禁止诸如“法人以人格权受到侵害为由提起精神损害赔偿不予受理”，这类针对非形式要件欠缺的诉的控制手段的使用，以防对通过司法的法的创制路径造成阻塞。

3. 传统法源的渐进恢复

随着私法整体呈现机制下部分社会整合功能向宪法移交，通过统一民法典消除市民社会多元法律创制渠道的必要性随之下降。民法典编纂的意义不再侧重整合“总市民社会”，而是转向保护与培育市民社会法治多元的自生自发秩序环境，^[88]在民族国家上升期被吞并的亚社会法源便可有条件地释出。

以商法为例，商法学已成为近来两大法系间最具沟通性的法学领域。商法法源恢复在推动民法转型的亚社会法源释出、恢复私法自组织能力、制衡政策型与行政性特别民法扩张的过程中，具有典型与示范意义。“商法发展越来越明显的趋势是重新回复到商人职业法的时代。”^[89]孟罗·斯密所称“商法所以逐渐有成为一特别体系之趋势者，尚有一特别理由……其理想之目标，乃一种全世界普遍通行之法律，而由各国特别商事法院以执行之”，^[90]在近几十年来以《国际商事合同通则》（UNIDROIT）和《欧洲合同法通则》（PECL）为代表的国际贸易法大发展中已部分变为了现实。二战以来的“新商人习惯法”（New Law Merchant）在立法过程“外围”产生，与合同效力和国际仲裁的功能有关：合同“把不可能的变成了可能”并使之成为特殊的法律渊源，国际仲裁制度的功能是建立一种对合同原则及规定遵守的外部监督机制。同时，仲裁的合同性也表明仲裁是合同本身的“内部产物”。仲裁与被国际合同当事人视为“法律私缔造者”的国际法律制定机构，即国际商会或国际统一私法协会，一起建立必要制度以成为自治法制的基础。今日须关注的是，如何且在多大程度上将“以法律多元主义观点替换传统的基于主权概念的立法论”、“立法过程的私有化”等商人法复兴机制，^[91]从弱主权的国际商事环境下移植到强主权的国内法环境中。

商人的特定职业定位决定其必然着眼长远、宽容处世，这是商人职业关系中建设性内聚力的由来。商人职业结合参与商法发展可以有以下几个突破方面：

其一，在商业政策范围内关于商事活动具体规则的产生、适用，大力限制具有官商背景的行业主管部门立法，尝试“私人的法典编纂”，^[92]鼓励基于商人结合的法律自助机制，重视引入商会、协会等社会组织与学者团体对规则的解释、发展，加大商业组织“社团罚”

[88] See Brian Z. Tamanaha, *A Non-essentialist Version of Legal Pluralism*, 27 *Journal of Law and Society* 297 (2000).

[89] Michel de Juglart et Benjamin Ippolito, *Cours de droit commercial*, Huitième édition, Editions Montchrestien, p. 27.

[90] [美] 孟罗·斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学出版社2003年版，第334页。

[91] K. P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 207.

[92] 参见 [美] 施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1996年版，第86页。

的适用力。当前可重点以中国证监会、保监会等对相关事业准入控制、惩罚机能之大部移交行业协会为试点。

其二,大力发展与国际接轨的商事纠纷处理机制,加强商事仲裁的核心地位,建立“吻合商人品性”的“柔性化的商事审判模式”。^[93]

其三,拟议中的商事通则不应模拟民法典、商法典乃至民法通则的总、分体例,不应追求自上而下地总结商事关系,通过抽象普适于商事关系方方面面的一般概念将商法通起来,做成“小商法典”,否则难免像《深圳经济特区商事条例》那样陷于重述已有规范、浪费立法资源的境地。^[94]笔者赞成王保树教授的意见:商事通则“在内容和形式上均不追求商法典结构”,它旨在填补“民法与商事单行法之间的制度空白”,^[95]但又以为,这一空白也许并非“民法与已有商事单行法之间的空白”。因为民法与已有商事单行法本身均处于不断变动中,没有一个一成不变的空白留给商事通则来补白。这一空白其实正是近代以来为民法法源特征所吞并,而今逐步释出的商法固有法源特征及其与民法相互关系的阐释。商事通则的补白应面向为商业自治中层出不穷、价值多元的商事习惯、商事合同自下而上地变为司法裁判依据开辟道路,将各商事单行法的修改与适用方法“通起来”,成为指导私法局部呈现之商法法源特征的一般法。应重点阐述商法渊源的认定与适用顺序,限制具有官商背景的行业主管部门立法,同时为“私人的法典编纂”、“逐步编纂化”、基于商人结合的法律自助形成机制(商业组织自治规则)、商业习惯与判例的法律化、国际商法的内国适用形成基本规定,为多元化的商法渊源确立适用顺序。^[96]

结 语

民法学一直抱有关于民法社会是一个没有国家干预(甚至不存在国家)和宗教与道德影响的社会模式的理想——私法自治。大陆私法的早期传统不断被后人附会进令人神往的启示价值,其核心是社会可通过民法的“无为而治”排斥国家权力。

但私法自治的可能性,应建立在民法之治具备替代后来国家机器有为而治提供的部分公共服务的能力的基础上。这包括部分替代通过正式民主与威权实现的社会组织与整合能力,即邓正来强调的“非官方的公域”对于私域安全乃至市民社会有效抵制公权力介入的不可或缺性,^[97]亦是徐国栋教授所说的市民法应兼顾组织一个社会与分配这个社会赖以存在的稀缺资源两大功能中的前者。不仅始于古希腊的民主城邦兴起为大陆私法提供了民主基础,反过来私法借助宗教与伦理,在缺乏令人熟知的国家强力的背景下,产生与维持或

[93] 参见蒋大兴:《审判何须对抗——商事审判“柔性”的一面》,《中国法学》2007年第4期。

[94] 有学者指出,《深圳经济特区商事条例》第六章对商事代理的规定与我国民法通则关于代理的规定和合同法关于委托合同、行纪合同、居间合同的规定基本上没有出入。这也在某种程度上说明了该条例“实际上是对已有立法的简单重复,是对立法资源的浪费”。参见刘保玉、陈龙业:《析商事通则与民法一般规则的关系——商事通则立法的可行性悖论》,《河南政法管理干部学院学报》2005年第4期。

[95] 王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期。

[96] 笔者的设想是,当事人有约定且未违反我国国家一级强制性规定的,从其约定;否则依以下顺序确定法源:商事自治规则—商事单行法—商事判例—商事习惯—民事单行法—民法典—民事判例—民事习惯。另可参见王建文:《中国商法立法体系:批判与建构》,法律出版社2009年版,第13页,第157页以下,第200页。

[97] 邓正来:《市民社会理论的研究》,中国政法大学出版社2002年版,第21页。

许让今人感到压抑的古代人对城邦及相互间团结与奉献的秩序，本身就是民主的重要内容。嗣后的罗马时代，法源多元保障了民众立法与法学家等社会多元权威拥有参与到主权中来的正式渠道，作为社会智库与商谈民主平台的司法机制在法律渊源选取过程中曾经拥有核心地位，担负起早期立宪职责，持久地抑制了集权（君主）政治对社会多元的破坏。这些都是民法曾为社会民主提供自助式组织服务、维护非官方公域、对自生自发社会秩序（无为）嵌入可控的影响因子（治），从而堪任世俗宪法的历史证明。

而始自巴伐利亚普通邦法的近代民法一般私法化、部门法化的转型追求，却正是去政治化、去意识形态化。同古代人寓社会自治于政治生活迥异的是，西方文明的现代性态势使人民日渐沉沦于琐事，而民法日渐沉沦于琐事调整之中。私法立法技术的不断完善正是这一沉沦的外在表象，伴随着基督教的没落，纯粹的私法典甚至完全失掉了其早期的神学—政治视野。非官方的公域被排除出民法的调整范围。随着政治被等同于国家政治、政治学垄断了对社会契约论与三权分立国家治理结构的解释任务，民法更是有理由将实现民主的组织机能移交至国家机器主持的选举与议会等正式制度，将法的创制机制移交至选举产生之立法机关，而自认仅余作为“已立之法”对民事法官的约束力，再将这释为独立司法的专业价值与民法的裁判规范属性。

但只具负面制衡力而不具有正面参与力的市民社会是不完整的。^[98]任何社会的法律体制从来都是一个有机整体，私法相对于公法各有特质，但并不妨碍它们共同参与一个法秩序的建构，并因此分享一些共同的价值判断与责任。^[99]倘若民法学拒绝分享共同价值，借一般私法化之名，民法的去宪法化过了头，那么“体制中立的民法典的践行，必然将导致社会达尔文主义的弱肉强食”。^[100]在福利国家时代，哪怕这只是具有可能性，都会授人以柄，邀请国家以匡扶市民社会、恢复共同价值为名派遣各路特别民法步步为营，接管本为民法疆土的非官方的公域，消解所谓民法体系的内外界限，造成公法主动扩张、私法被动收缩的公私法接轨态势。近代私法自治的无价值性、无方向性追求难堪世俗宪法之责，无法支撑大社会内部尤其是非官方公域的民主实现，将有关民主需求挤入官方公域即国家主持下的选举与议会等“正式”渠道，使正式民主供不应求，徒增民主需求溢出正式供给体制走上街头的风险。这又强化了政治国家的管制理由，形成恶性循环。看来黑格尔关于市民社会“无可避免的自我削弱”、“本身无力克服的自身溃垮”趋势的论断，^[101]隐含了民法法源缺陷导使大社会内部子系统分化与相互演化能力不足所致部分。

更须提防的是，作为私法分歧集合评价机制的法典编纂本身，在消解多元亚社会传统法源特征的情况下，可能成为公法向私法渗透的通道甚至尖兵，却因民法学对民法体制中立的自信与对民法法源分析的缺失，而处于反思范围之外。这令近代民法的去政治化追求难免成为一厢情愿，甚至反成为那通过民法的政治控制的幌子，不知不觉间作茧自缚的竟是民法全局自身。

随着民族国家建构任务基本完成，民法法源也将面临反思。但应防止被“邦联式法典

[98] 参见前引 [97]，邓正来书，第 21 页。

[99] 参见前引 [39]，薛军文。

[100] 前引 [37]，谢鸿飞文。

[101] [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1962 年版，第 309 页。

还是集约式法典”、“一个法典还是几个法典”、“一个法典还是一群特别法”这类制定法数量消长之争或“民商合一与民商分立”的立法模式之辩掩盖了主题。我们或可像斯蒂芬·布雷耶大法官思考“法官能为民主做什么”^[102]那样,尝试更多地思考民法能为社会和解、和谐做什么,民事司法独立能为人民民主做什么,重建民法对非官方公域的调整能力,探索通过民法的社会公众多层次参与民主,缓解正式选举民主的供求压力。还可借鉴卡莎尼娜在《私法教科书》中罗列的私法功能渐进序列安排:合同法创设个别法源→社团法创设自治法源→个性化法创设开放社会的共同法源,关注促使民法之治与政治文明良性互动的长远方案。^[103]也许只有在此基础上,民法教义学才能获得关于民法体系边界辨识与维持的长远机制,保持对体系外的有限开放性的可知、可量、可控,才堪为现代民法学的中流砥柱。

Abstract: The codification of civil law since the modern times has brought about the transformation of civil law from a comprehensive whole into general private law, promoted the establishment of the boundary of civil law system and its limited openness to outside systems, contributed to the formation of nation-states and their corresponding relationship with civil society while, at the same time, also brought with it certain risks. With the formalization of the source of civil law, the establishment of the dominant position of statutory law in the source of law, and the elimination of traditional pluralistic source of law represented by commercial law, the social organizing function of civil law has been undermined and the state's infiltration into the civil law system by means of special law has been more and more immeasurable and uncontrollable. The essence of this crisis is the concealment of the defects the source of civil law itself by the achievements of the systematization of civil law, thereby negatively affecting the realization of the autonomy of private law, which consists the core value of civil law. Thus, in order to improve the source of civil law, part of civil law's function of social integration should be formally transferred to constitutional law. Besides, the source of law of sub-society, represented by commercial law, should be gradually released, and judicial approaches to social and political problems should be expanded, so as to improve the social self-organizing capability of civil law, restore the ability of civil law to participate in the regulation of the non-official public domain, and realize social control through civil law. Only on this basis, dogmatics of civil law can safely become the core of modern civil law science.

Key Words: transformation of civil law, source of law, civil code, special law, commercial law

[102] 参见 [美] 斯蒂芬·布雷耶:《法官能为民主做什么》,何帆译,法律出版社2012年版。

[103] 前引 [1], Т. В. Кашанина 书。