

论中国民法典的公共精神向度

吴 飞 飞*

摘要:中国民法典能否在《法国民法典》《德国民法典》之后踵事增华、再创高峰,取决于它能否在深刻反思近代民法现代性危机的基础之上,积极回应当下国人公共精神普遍性缺失的现实景象,并肩负起重塑国民性格、培育国民公共精神的历史使命。民法典不仅是市民社会的基本法,也是公民社会的基本法。在公共精神层面重塑国民性是作为公民社会基本法的民法典职责之所在,也是民法典获得权威性的民心基础之所在。中国民法典应当在近代民法典的基础之上,于价值和规范两个层面,实现个人主义与团体主义并重、意思表示与程序并重,进而借助秩序化的团体公共生活和程序化的私权行动规则,潜移默化地影响国民性格,润物无声地塑造国民之公共精神。

关键词:民法典 民法总则 公共精神 团体主义 程序规则

一、问题的提出:中国民法典不应忽视国民公共精神

在编纂民法典的时代号角下,每一种有关民法典的有深度的思考,都具有被铭记于历史长卷中的可能性,因此,当代法律人尤其是民法学人可谓躬逢其盛。然而,能否在中国乃至世界法律史上写下浓墨重彩的一笔,则取决于我们能否在《法国民法典》《德国民法典》以及《瑞士民法典》之后踵事增华、再创高峰。^①

《德国民法典》可谓世界民法典之典范,令民法学人肃然起敬。然而,即便如此,在《德国民法典》颁布之初,即有批评者将其斥为“19世纪的遗产儿,而非20世纪的种子”。^②该批评意指,《德国民法典》并未充分吸收德意志民族的团体主义精神,却在个人主义的道路上走得太远。不独《德国民法典》,几乎所有近代民法典都致力于构建一套宏大的个人主义价值秩序。个人主义、意思自治、权利本位、理性主义等几乎是近代民法典的共同精神品性,亦为我国民法学者所推崇。那么,这是否意味着我国也要制定一部个人主义的民法典?笔者认为,并非如此。

近代民法典是资产阶级大革命的制度化成果,出于对封建残余死灰复燃的顾虑,它们必须旗帜鲜明地祭出个人主义的大旗,借此将个人从封建藩篱中彻底解放出来。然而,物换星移,近代民法典所赖以产生的时代背景早已悄然更迭。即使是在“产生近代民法典的西方国家,目前正面临现代性的价值危机,个人主义正遭受前所未有的现实拷问”。^③对于处在转型期的中国而言,编纂民法典所面临的现实问题更是双重的,其复杂程度已经远远超过西方国家。一方面,一部分私权尚未得到完全释放,私权与公权的冲突与对垒时有发生,私法自治之途任重道远;另一方面,已经获得解放的部分私权,在实践中被过分张扬,私权

* 西南政法大学经济法学院讲师
基金项目:国家社会科学基金项目(18CFX045)

① “事实确实显示,继法国、奥地利、德国、瑞士等较有特色的民法典之后,已未见新高峰”。苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第5页。

② 陈华彬:《19、20世纪的德国民法学》,《法治研究》2011年第6期。

③ 李建华:《权利本位文化反思与我国民法典编纂》,《法学家》2016年第1期。

所蕴含的社会公共品性严重缺失。对于前一个问题,我国民法学者已经做了数十年努力,成果斐然,且有《德国民法典》这样的精雕细琢之作供以借鉴。对于后一个问题,民法学界已有关关注,既有成果虽视角不同,但最终落脚点均主要诉诸善良、诚信等个人私德,鲜有深入到国民公共精神这一社会公共生活道德层面。^①然而中国民法典能否充分地回应后一个问题,在一定程度上决定着中国民法典的精神气象。私权被过度张扬、被滥用所反映的问题是当下国人公共意识的匮乏。民法典应当充分体现一国之民族精神,而“任何民族的民族精神,在实质上是该民族之‘公共性’文化精神的理论表达,以及对共同的价值理念、信念的理解和不懈追求”。^②绝对的个人主义价值观将人视为可以自我存在的个体,忽视了人的社会属性,并不可取。中国同样正遭遇着现代性危机,我们并不否认私法自治的根本性价值,但我们希望我国民法典的编纂能在坚守私法自治原则的基础之上肩负起培育国民公共精神的历史使命。受知识给养与技术难度所限,刚刚通过的《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)在回应国民性及民法的现代性危机问题上尽管确有进步,然而从其着力点可知,它并未基于现代民法典的整体转型立场重塑民法典的精神气质,亦未彰显现代民法典对国民公共精神的启蒙价值。可慰的是,民法典启蒙国民性,其根本在于“立意于琐碎之中”而非“宣示于原则之上”,唯有细致入微、落到实处,方能潜移默化地渗透到每个国民的思维与行动之中,让民法典可以真正“看见中国”。^③因此,正在制定的民法典分则在此方面可大有作为。

二、国民公共精神之历史与现实图景

(一)公共精神及其内涵

近年来,伴随公民社会研究的兴起,公共性及公共精神正逐渐成为热门的学术话题,但其关注者多集中在教育学、政治学与哲学等几个学科中,法学界对该话题关注不多。公共精神,从严格意义上说还未成为一个共识性的学术概念。有学者认为:“公共精神是社会成员在公共生活中对人们共同生活及其行为的准则、规范的主观认可和体现在客观行动上的遵守、执行。”^④英国学者保罗·霍普教授提出:“公共精神,是指人们参与共同行动的一种意愿,即在考虑个人利益之外,期待能够更多地融入共同体和社会的愿望。”^⑤笔者认为,上述学者对公共精神概念所作的界定尽管揭示了公共精神的部分特性与内涵,但是在价值观层面均或多或少抱有一种中立态度,而未能充分地彰显公共精神的内在价值品性。笔者认为,袁祖社教授对公共精神概念所做的界定更具解释力。他提出:“所谓公共精神是指孕育于现代市场经济和公民社会之中,位于最深的基本道德和政治价值层面,以全体公民和社会整体的生存和发展为皈依的一种价值取向,它包含着对民主、平等、自有、秩序、公共利益和责任等一系列最基本的价值目标的认肯与追求。”^⑥第一,该定义方式明确了公共精神赖以产生的社会基础,即现代市场经济和公民社会;第二,它突出了公共精神的价值取向,即个体在思想与行动两个层面致力于参与构造一个真善美的公民社会。

现代意义上的公共精神,具有下述内涵:第一,公共精神以个体人格独立为前提。公共精神是“自我”与“无我”的结合体,而“自我”是“无我”的前提,个体人格不独立,即不能形成公共精神赖以为基础的公共理性,公共精神更无从谈起。第二,公共精神以公共理性为基础。理论界多从两个维度来探讨公共理性,一是政治维度,二是公共伦理道德维度。前者如罗尔斯,^⑦后者如康德。^⑧本文则是在公共伦理道德层面

① 参见赵万一:《论民法的伦理性价值》,《法商研究》2003年第6期;范健:《中国需要一部什么样的民法典》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2016年第1期。

② 袁祖社:《“公共精神”:培育当代民族精神的核心理论维度》,《北京师范大学学报》(社会科学版)2006年第1期。

③ 参见张洪涛:《中国民法典编纂创新激励机制转型研究》,《法商研究》2017年第4期。

④ 潘恩强:《论公共精神:中华传统文化未能培养独立人格》,《光明日报》2013年11月5日。

⑤ [英]保罗·霍普:《个人主义时代之共同体重建》,沈毅译,浙江大学出版社2009年版,第81页。

⑥ 袁祖社:《“公共精神”:培育当代民族精神的核心理论维度》,《北京师范大学学报》(社会科学版)2006年第1期。

⑦ 罗尔斯把公共理性放在政治哲学而非道德哲学视野中来表述,认为公共理性在作为一种民主理想的公民义务中处于中心地位,并且其内容是由一种适合于立宪政体的政治价值和政治正义观念所给定的。参见[美]罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2000年版,第269页。

⑧ 参见方盛举、蒋小杰:《公共理性范畴的历史演进及其内涵》,《学习与探索》2008年第2期。

对公共理性做出诠释。公共理性不同于理性主义,理性主义在本质上是个体理性,即个体站在自身的立场思考并做出决策,而公共理性则是个体站在公共立场或者说上帝的立场,基于关爱社会共同体的初衷去思考与决策。一方面,它要求个体具有理解、反思、批判一切公共议题的能力;另一方面,又要求个体具有参与公关事务的热情和意愿,此即公共理性。公共理性是公共精神得以形成之基础。第三,公共精神以公共关怀为精髓。毫无疑问,公共理性是一个多元的、受限的命题,或者说个人的公共理性认知水平在实然意义上是参差不齐、受到种种主客观因素限制的。公共理性的这一特点在一定程度上增加了公共精神培育的难度,这就引申出另一个范畴,即公共关怀。公共关怀是个体对公共生活、公共事务所秉持的一种积极善良的心理状态,而正是这种主观心理状态使个体之间公共理性差异的调和得以获得情感基础。简而言之,爱与关怀有助于公共理性共识的达成。第四,公共精神以民主、自由和秩序化的公共交往规则为客观条件。严格意义上的公共精神是现代社会的产物,而公共精神直到现代社会才得以产生的主要原因在于在过往的数千年时间里,人类社会没有构建起一套相对民主、自由和秩序化的公共规则。彼时,个体无法获得对公共生活、公共事务的表达权、参与权与决策权,公共精神更是无从谈起。因此,可以说民主、自由和秩序化的公共交往规则是公共精神赖以产生的客观条件。

(二) 国人公共精神的历史图景

从历史维度看,中华民族曾经是一个极为推崇公共精神的民族。“中国古代社会曾经历了西周春秋的宗法贵族整体时代,正是这一时代酿造了沁人心脾的贵族精神。”^①先秦贵族精神,是一种以宗法礼教和身份荣誉感为核心的传统公共精神。贵族阶层须谨遵礼法、谦卑自律、勇武果敢以及对共同体负有责任担当。彼时的贵族,放置在今天即有良好公民的意思。其实,在古希腊语中,贵族一词本身就是指好的公民。^②由此可见,在先秦时期,公共精神具有极高的地位。

自秦统一六国之后,中国进入了漫长的封建时期。几千年封建社会,“溥天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”,^③上至王侯将相、下至黎民百姓无一不是附属性的,并由高及低呈梯度化的排列。一方面,封建文化中的“崇公抑私”倾向,使人的独立人格无法确立与彰显,也即缺少形成公共精神的前提性条件;另一方面,在封建社会以“家”为核心的亲疏有别的人际交往模式下,社会关系仅仅是“私人联系的增加,社会范围是一根根私人联系所构成的网络,因之,我们传统社会里所有的社会道德也只在私人联系中发生意义”。^④换言之,在中国封建社会中,社会关系不过是扩大化的私人关系,并无公共性可言,也就没有公共精神产生的社会基础。

从辛亥革命到“五四”运动,中国开启了一场前所未有的平民化运动,在反传统、反封建的大旗之下,贵族精神彻底消弭,平民文化成为中国社会主流文化形态。而“平民文化是一种集平凡性、功利性与世俗性为一体的大众文化,”^⑤正是平民文化的登场将以公共精神为内核的贵族精神挤压在中国社会的边缘地带。梁启超先生曾总结彼时国人的4大缺点,其一便是“公共性之缺乏”。^⑥孙中山先生在为《罗伯特议事规则》所作序言中不无悲愤地感慨:“然中国人受集会之厉禁,数百年于兹,合群之天性殆失……人心涣散,民力不凝结也。”^⑦1949年中华人民共和国成立后直至改革开放,社会主义公有制一支独大,全国范围内推进的大跃进、人民公社化运动极大地碾压着人的私人空间;彼时人民无独立财产,独立人格难以彰显,自然无现代意义上的公共精神。

(三) 国人公共精神之现实图景

① 武树臣:《贵族精神与判例法传统》,《中外法学》1998年第5期。

② 参见王佳、黄相怀:《西方政治法律传统中的贵族精神》,《学术界》2011年第6期。

③ 《诗经·小雅·谷风之什·北山》。

④ 费孝通:《乡土中国》,人民出版社2008年版,第34页。

⑤ 杨春时:《贵族精神与现代性批判》,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2005年第3期。

⑥ 参见夏晓虹:《梁启超文集》,中国广播电视出版社1997年版,第109页。

⑦ 转引自[美]亨利·罗伯特:《罗伯特议事规则》,袁天鹏、孙涤译,格致出版社、上海人民出版社2008年第10版,《中文版序言》第4页。

自资产阶级工业革命开始,“公民道德经历了由公民人文主义向商业人文主义的转型”。^①“西方近代文化消弭了覆盖于个人之上的神性光环、奴性樊篱,也消解了附加于世俗个体之上的道德阴翳,以人性恶而非人性善作为价值基点,完成了人性自主之文化论证。”^②在商业人文主义看来,自利是一种美德,人类对于个人欲望的追求获得前所未有的社会认同。并认为,“每个人关心自己利益的同时,社会利益得以增进;在每个人保护自己利益的同时,社会利益得以维护”。^③同时,商业人文主义假设每一个个体都是其自身利益的最佳判断者,立法者在价值判断问题上应当保持中立,更不要试图在私法中向民众灌输具有道德性的义务。伴随经济全球化,商业人文主义得以在全球范围内扩张。1978年我国开始推行改革开放政策,融入全球化大潮之中,公民私权意识逐渐觉醒,经济、社会、文化活力全面迸发。商业人文主义、经济全球化与改革开放,对中国的国民性产生了深刻的影响。第一,中国社会由熟人社会、身份型社会过渡到陌生人社会、契约型社会,国人的生活状态越来越原子化,公民价值观开始呈现多元主义,公共精神的共识基础越来越难以达成。第二,组织和团体在目的上的独立性逐渐被消解,相对于其成员而言越来越具有从属性和工具性,公共精神赖以产生的生活土壤日渐消弭。第三,人的经济理性被放大到前所未有的高度,在经济理性价值观的浸淫下,社会关系越来越交易化、去道德化。而公共精神的不可交易性和道德化特质恰好与人的经济理性有隔阂之处。此外,与西方国家不同,中国人绝大多数是无神论者,公共精神亦无法找寻到其可以借以依托的宗教土壤。于是乎,金钱至上、人格物化、信仰缺失即成为当下部分国人精神世界的真实写照。这就不难理解,当今中国为何会出现如此之多的“精致的利己主义者”,为何扶起老人行为一次次被证明是一种高风险行为。

从整体上讲,国人之公共意识、公共精神在近年来已有很大提升,但离现代公民所应具有公共精神标准还相差甚远。具体而言,当下国人公共精神之匮乏主要体现于下述几个方面:第一,个体人格之独立任重道远。公共精神之第一要义便是个体人格之独立。美国学者D.贝尔教授曾言:“美国学者引以为豪的美国社会的独特品质,不在美国强大的军事实力,不在美国的经济发展和文化样式,更不在美国三权分立的政治体制,而在于其建立在个人人格独立基础之上的公民社会。”^④由此可见,个体人格独立价值之高。尽管自改革开放以来,我国国民人格独立意识被极大唤醒,但是,传统宗法秩序观对国人的道德心理仍有不同程度的影响,国人在思想意识层面尚未真正完成由身份到契约的转变,独立人格自然缺乏其赖以生成的主观基础。第二,经济理性盛行、公共理性缺失。在生活高度市场化的今天,经济理性价值观早已深入人心,而所谓经济理性价值观,其实就是个体层面的理性主义,即个体在对自身利益得失的问题上是精于计算的。而当下中国的社会与市场信用机制远未建立,加之部分团体、组织动辄以集体之名侵蚀个体权益,在这种情况下对公共事务保持冷漠、选择“搭便车”对大多数经济人而言是一种个体层面的理性选择。这就造成当下国人有经济理性而无公共理性的心理意识特性。第三,公共行动规则缺失,公共生活威权化与无序化并存。孙中山先生曾在为《罗伯特议事规则》所写序言中慨叹:“夫议事之学,西人童而学之,至中学程度,则已成为第二之天性矣,所以西人合群团体之力,常超吾人之上也。”^⑤所谓“议事之学”就是有关公共行动规则的学问。然而,即便是到了21世纪的今天,在中国公民社会、市民社会之中还尚未真正形成一套体系性的、完整的、秩序化的公共行动规则。笔者即将在下文中论述的决议行为规则缺失即是一例,决议行为规则是公共团体生活的基础性行动规则,却至今未被明晰化、体系化,甚至对其性质为何均尚存争议。在秩序化的公共行动规则付之阙如的情况下,国人的公共生活或者笼罩在强势人物的威权之下,或者沦为散乱的乌合之治。第四,公共事务参与热情不高、公共关怀缺失。“事不关己,高高挂起”“枪打出

① 谢鸿飞:《民法典与人的美德》,《中国法律评论》2015年第4期。

② 刘云生:《民法与人性》,博士学位论文,西南政法大学,2003年,第56页。

③ 熊丙万:《私法的基础:从个人主义走向合作主义》,《中国法学》2014年第3期。

④ 转引自张静:《法团主义》,东方出版社2015年版,第3~4页。

⑤ 转引自[美]亨利·罗伯特:《罗伯特议事规则》,袁天鹏、孙涤译,格致出版社、上海人民出版社2008年第10版,《中文版序言》第5页。

头鸟”等思想观念在当下一部分国人心中仍旧是颠扑不破的真理,部分国人仍旧缺乏参与公共事务、公共生活的积极性,“观望”“等待”“搭便车”“站队”“逢迎强者”,等等,仍旧是大多数国人在公共事务参与中的主要心态与立场。

三、中国民法典为何要培育国民公共精神

(一)培育公共精神是作为公民社会基本法的民法典职责之所在

当前学界一般认为民法或者民法典是市民社会的基本法,如王利明教授提出:“民法典,是市场经济的基本法和市民生活的基本行为准则”。^① 市民社会的含义有着十分悠远的嬗变过程,现代意义上的市民社会理论肇始于黑格尔,他借助对社会契约论的批判,改造了市民社会的概念,并使其成为与政治国家相对而存在的私人领域,而市民则是以自己为目的、以他人为手段的人,即私人。^② 《德国民法典》等近代民法典均受到黑格尔思想的影响,视市民社会为私域、视市民为经济理性人、视民法典为私法典。所以,近代民法典普遍带有浓郁的个人主义色彩。

然而,市民社会与政治国家相加并不等于人民生活的全部领域。究其原委,与国家相对的区域空间为社会,而社会并不仅仅局限于作为私域的市民社会。市民社会观侧重于对社会的资源做出分配,而忽略人民必须先组建起全局性的或者局部性的社会这一前提性条件。近代民法典受此市民社会观影响亦侧重于资源分配或者交易功能,而忽略其本身所应负担的社会组织功能,近代民法典中团体法规则的缺失即属此例。而组织社会或者说组织化的社会即可被称为公民社会,正因如此研究者们倾向于将国家与家庭之间的中间性团体即第三部门的存在领域视为公民社会。^③ 如有学者从法团主义立场出发,将公民社会界定为“在国家体制和私人机构之间起到连接作用的中介区域”。^④

理解公民社会,必应先理解公民。“在希腊文里,公民(polite)一词是由城邦(polis)一词衍化而来,原意为‘属于城邦的人’,并与城邦政治文明紧密联系在一起。如亚里士多德即把政治学称之为‘城邦之学’,其最高目标就是促进所有公民的美德实践——追求‘公共善’。”^⑤一言以蔽之,公民一词,从其产生之初便与美德、政治有着密不可分的联系。而公民社会,则是一个共同体内的成员相互之间以公民精神善待,尤其是通过结社来实践这种价值的社会。简而言之,公民社会就是由公民所组成的社会。^⑥ 在公民社会理论中,公民社会是市民社会发展到高级阶段后人类进入的一种社会形态,如根据德国学者尤尔根·科卡的观点,近现代人类社会文明的发展大致经历“从近代早期的城市市民到经济市民阶段和文化市民阶段再到公民社会的乌托邦”^⑦这样3个阶段。

当今中国,正处在由市民社会向公民社会过渡的历史性关口,中国民法典的编纂恰好与之相逢。然而,我们既有的理论研究多集中于中国民法典的市民社会维度,却鲜有人关注其作为公民社会基本法的另一面向。民法典不仅要宏观层面为整体社会构建出一套交易性、交换性生活规则,而且还要从意识到行为发挥其引导功能以组织出一个富有善德的文明社会。前一点是作为市民社会基本法的民法典职责所在,后一点则是其作为公民社会基本法的本职所向。

经济法、社会法等部门法,尝试跨越到民法的界域之外来塑造一个完善的公民社会,以“他山之石”攻破近代民法典所疲于应对的种种现代性危机。然而,解铃还需系铃人,公民社会在本质上仍旧是私人的公共生活领域,并未超出民法调整的界限范围。以经济法、社会法等部门法解决公民社会问题,虽具有专业

① 王利明:《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,《法商研究》2015年第4期。

② 参见徐国栋:《论市民——兼论公民》,《政治与法律》2002年第4期。

③ 参见何增科:《公民社会与第三部门》,社会科学文献出版社2000年版,第64页。

④ 张静:《法团主义》,东方出版社2015年版,第71页。

⑤ 武经纬、高萍美:《公民社会的人文发展——中国公民社会的道德文化和政治生态》,上海三联书店2012年版,第2页。

⑥ 参见高丙中:《“公民社会”概念与中国现实》,《思想战线》2012年第1期。

⑦ [德]尤尔根·科卡:《市民、公民、资产阶级及其精神——欧洲关于德国式特殊道路的讨论》,载韩水法、黄燎宇编:《从市民社会到公民社会——理解“市民—公民”概念的维度》,北京大学出版社2011年版,第31页。

性优势,但上述几个法律部门普遍缺少自由自治的精神理念,容易诱发以社会公共利益之名吞噬私人权益的现实与潜在风险。一言以蔽之,公民社会应受民法调整,民法典应是公民社会的基本法。

公民社会从形而上层面看,是一个精神共同体,而其内在精神即为公共精神,可以说无公共精神则无公民社会。近代民法典立基于市民社会,以私权神圣、意思自治为其精神线索,公共精神不得彰显,民法典所本应具有的社会塑造功能难以发挥,正因如此近代民法典才普遍性地遭遇到现代性危机。是故,民法典唯有肩负起培育国民公共精神的历史使命,其光辉才能照耀到公民社会的大地上,也才能缓释其所遭遇的现代性危机。徐国栋教授曾从民法典所采用的人性标准视角提出:“在起社会组织功能的人法中,可采用公民的人性标准;在起稀缺资源分配法功能的物法中,则可采取市民的人性标准。”^①进而言之,民法典不应局限于市民社会领域,它不仅仅是市民社会的基本法,也是公民社会的基本法。公共精神是公民社会的精神内核,培育公共精神则是民法典积极回应公民社会的应然举措。

(二)培育公共精神是巩固民法典权威性的必由之路

《法国民法典》《德国民法典》等近代民法典,无论是在普通民众还是在法律人的心目中皆普遍性地具有相当的权威地位。究其原因,其一,近代民法典是资产阶级大革命的制度成果,大革命成功与社会形态更迭的时代背景本身就彪炳了近代民法典至高无上的地位;其二,近代民法典多是在拿破仑等杰出历史人物的操持之下制定的,其权威性自不待言;其三,近代民法典无论是在价值理念层面还是在制度规范层面均契合西方国家资本主义初期阶段的社会现实境况与民众渴望自由、平等的文化心理诉求。这为近代民法典的权威性奠定了坚实的现实与情感基础。

然而,自20世纪中期以后,民法典在盛产法典的欧洲大陆已经引起越来越多的怀疑,逐渐遭遇由盛转衰的危机。首先,多元民主、短期国会、信息革命以及转型国家的渐进调适需求等因素在很大程度上消解着民法典存在的必要性和产生的可能性。^②其次,当今世界所涌现出来的贫富分化、环境污染、资源枯竭等系列性社会问题,在实践层面对近代民法典的个人主义、自由主义、理性主义、形式平等价值观提出了严肃的拷问,进而有力地动摇了民法典在民众心中的权威性。

在民法典权威性普遍弱化的时代,我国决定制定一部中国民法典,就不得不思考如何确保其权威性的问题。尽管影响民法典权威性的因素非常多,但是起决定性作用的因素仍旧是一部民法典能否真切地反映当下的时代诉求、能否预见性地契合并引导未来社会的发展趋向。《法国民法典》《德国民法典》等近代民法典及时回应了资产阶级人性解放的现实诉求,并将这种诉求予以制度化,因此它们具备了影响自身权威性的决定性因素。我国民法典即将诞生于处在转型期的当下社会,如笔者在前文所述,当下中国社会对民法典的制度诉求相对于近代民法典而言更为复杂、更具多重性。一方面,人性、私权都亟待通过民法典获得进一步的解放与张扬,这就要求中国民法典必须充分继受近代民法典的自由主义精神理念;另一方面,已获得解放的私权被过度张扬甚至滥用的社会现实又要求中国民法典对近代民法典的个人主义、自由主义、理性主义、权利本位等一系列价值观做深刻的反思,^③并在此基础上发起一场培育民众公共精神的启蒙运动。可以说,后一个方面对中国民法典是否能获得权威性地位更具决定性作用,它甚至决定中国民法典是否具有持续性的生命力。原因在于:对于前一个方面,即如何解放人性、保障私权,我们已经有相当丰富的理论积累,也可以找到高质量的制度参照物,可以说在技术层面已经没有太大的障碍,它的实现主要取决于国家所可能给予的政策尺度;对于后一个方面,即民法典培育公共精神、塑造公民社会的历史使命,民法学界尚无成熟的理论可供吸收,世界范围内亦无既成的民法典可以借鉴,难度极大。然而,如果中国民法典在后一个方面有所作为,那么它将产生巨大的历史意义。其一,中国民法典将成为真正意义上的现代民法典,并足以引领世界民法法典化之新趋向;其二,中国民法典所彰显的公共精神品性,将对中国国

① 徐国栋:《论市民——兼论公民》,《政治与法律》2002年第4期。

② 参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第5~8页。

③ 参见侯佳儒:《近代民法的现代性危机及其后现代转向——兼论当代民法的使命》,《中国政法大学学报》2009年第2期。

民性起到巨大的洗涤与重塑作用,进而为中国社会深度转型提供强有力的、正面的精神文化支撑。如此一来,中国民法典的权威性自然得以彰显。

四、中国民法典应怎样培育国民公共精神

(一)《民法总则》的有限回应

在《民法总则》起草的过程中,已有学者从权利本位反思^①、法典与美德的关系^②、民法典的民族性^③等比较贴合民法典公共精神向度的视角做了卓有价值的讨论。然而,上述对中国民法典公共精神的关注,尚处于零星状态,比较直观的例证是,至今未见民法学界针对该题域相关性话题举办过专题性学术会议。纵观刚刚获得通过的《民法总则》全文可知,培育公共精神并未被当作其主导性价值线索甚至是线索之一。不过,值得庆幸的是,《民法总则》相对于既往的《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》),从实质内容层面而言,离具有现代公民社会精神气质的民法典更进了一步。

(1)基本原则部分彰显民族精神、注重价值观引导。其一,将“弘扬社会主义核心价值观”置于《民法总则》开篇第1条。“富强、民主、文明”等24字核心价值观字字精简,却囊括国家、社会和公民个人3个层面的价值目标、取向与准则,饱含期许之情,“彰显了社会主义的特性,使百姓大众易于理解、把握民法的精神和目标追求”。^④其二,明定“诚实信用原则”以及“公序良俗原则”。自近代以来,“诚实信用原则”在民法上的适用范围逐步扩大,已经从合同法、契约法的基本原则升级为现代民法的“帝王条款”。《民法总则》第7条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺。”从这一规定可知,《民法总则》已经将“诚实信用原则”作为整个民法典的“最高原则”之一而非有的学者所称的“概括条款”。^⑤《民法总则》对“诚实信用原则”的拔高和宣示,对于约束私权之滥用、陶冶国民之性格有一定的积极作用。“公序良俗原则”肇始于罗马法,《民法通则》《中华人民共和国合同法》等单行法中尽管早已有“公序良俗”的相关规定,但是《民法总则》首次以直接明定的方式对该原则作出了规定。“公序良俗原则”本身即包含社会本位、公共秩序乃至公共理性的价值倾向,对于矫治私权的张扬与滥用大有裨益。其三,引入“绿色原则”。《民法总则》第9条规定:“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。”该条被称为“绿色原则”,它积极地回应了当下中国资源浪费、环境污染等严峻的社会现实,体现了民法典的时代性。有论者认为,“绿色原则”应该规定于环保法中,而非民法典中。^⑥对此,笔者认为,《民法总则》中的“绿色原则”同“社会主义核心价值观”“诚实信用原则”“公序良俗原则”一样,其价值并不局限于为法官裁断案件提供原则性依据,更重要的价值在于宣誓私权所应具有之德性,并借助这一德性引导国民的私权行动方式。这是民法典的价值预设,也是民法典的精神内核之所在。

(2)民事权利部分彰显私权尤其是人格权,进一步充实了公共精神的私权基础。其一,“民事权利”一章开篇规定人格权。尽管在民法学界,人格权能否在民法典中独立成编是一个争议颇大的问题,但是人格权应受民法典的充分尊重与保护则是共识。《民法总则》分两个条文规定人格权。其中,第109条规定:“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”。该条被理论界视为人格利益保护的一般性条款、兜底条款。第110条则规定了生命权、健康权、肖像权等具体的人格权。两个法条相加“构建出了人格利益保护一般条款加具体人格权之模式”。^⑦尽管人格权在民法典分则中是否独立成编尚未可知,但是于《民法总则》中明定人格权已属一大进步。其二,在编排顺位上凸显人身权利。《民法总则》在编排顺位上变《民法通则》

① 参见李建华:《权利本位文化反思与我国民法典编纂》,《法学家》2016年第1期。

② 参见谢鸿飞:《民法典与人的美德》,《中国法律评论》2015年第4期。

③ 参见陈景良:《突出“民族性”是中国民法典编纂的当务之急》,《法商研究》2017年第1期。

④ 崔建远:《我国〈民法总则〉的制度创新及历史意义》,《比较法研究》2017年第3期。

⑤ 参见于飞:《民法基本原则:理论反思与法典表达》,《法学研究》2016年第3期。

⑥ 参见严厚福、刘湘:《〈民法总则〉的“绿化”及其限度》,载卢建平主编:《京师法律评论》(第11卷),中国法制出版社2018年版,第53页。

⑦ 叶金强:《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》,《中外法学》2017年第3期。

由“财产权”到“人身权”的编排顺位为由“人格权”到“财产权”的编排顺位,凸显了人格权的优先性。编排顺位的变化从表面上看似乎仅仅是法典的形式安排而已,但从内在层面看,这一安排无疑凸显了民法典的伦理色彩和人文精神。其三,充实新型民事权利。《民法总则》第 111 条规定:“自然人的个人信息受法律保护……。”对于个人信息权,有学者认为它是自然人人格权的具体化权利,^①也有学者认为它是一种独立的新民事权利。^② 不管怎样,《民法总则》“民事权利”一章无疑回应了互联网时代个人信息的保护诉求,进一步充实了私权体系。此外,个人信息从内在层面看,“主要包含的是精神人格利益,主要包括人格尊严、人格独立和人格自由的内容”。^③ 因此,该条对于自然人人格权之独立与彰显亦有助益。

(3)民事主体部分突出了民事团体与组织的法律地位。其一,在“法人”一章将法人分为“营利性法人”与“非营利法人”。这一基于“功能主义”的法人分类模式,^④相对于将法人分为“社团法人”与“财团法人”的“结构主义”法人分类模式,更契合法人组织公共精神诉求的类别化差异,进而言之,“功能”比“结构”更接近公共精神这一民法典的伦理层级,因为民法典培育公共精神本身就是基于“功能主义”视角。其二,将“非法人组织”单列为一章,一改《民法通则》将其放置于“公民(自然人)”一章之下的规定方式。“非法人组织是自然人结社权实现的重要载体”,^⑤关乎私权行使,也关乎私权的公共理性生成。尽管《民法总则》最终并未承认合伙等组织体的法人地位,但是相对于《民法通则》而言,它们在民法体系中的地位无疑更向前进了一步。其三,增设“特别法人”一节。“作为营利法人和非营利法人基本类型之外的第三类法人,特别法人的规定解决了机关法人的体系安置,也明确农村集体经济组织、合作经济组织和基层群众性自治组织的法律地位。”^⑥ 尽管“特别法人”这一设置似乎有割裂《民法总则》法人制度体系性之嫌,但是不可否认这一规定为《民法总则》借助法律行为这一私法自治工具将团体自治的理念与方法灌注到机关法人、农村经济组织等团体组织治理之中提供了确定化的路径。

(4)民事法律行为部分首次规定决议行为,使团体自治向规则之治迈进了一步,而规则化的团体生活则是公共精神赖以产生的土壤。决议行为在民法学理论上是一个被严重忽视的学术领域,决议行为到底是意思形成机制还是法律行为、是特殊的共同行为还是独立的法律行为类型?长期以来争议颇大。《民法总则》首次在民事法律行为中规定了决议行为,确认了决议行为的法律行为属性,在一定程度上结束了有关决议行为属性界定的理论争议。最重要的是,它使得团体法借助决议行为规则构筑自身的“私法评价体系”成为可能,使团体生活获得明晰的价值观、理念与方法成为可能。

(5)专设“民事责任”一章,为“私权之担当”埋下伏笔。《民法总则》是否应专门规定“民事责任”争议颇大,有论者认为,一方面《民法通则》中“民事责任”一章已被实践证明实非成功之作;另一方面民法典分则各编均会规定各自的民事责任,《民法总则》无须再次对民事责任进行专门规定。^⑦ 然而笔者认为,对于“民事责任”一章的理解不应局限于《民法总则》的技术理性维度,还应秉持价值判断的取舍思维。从价值判断上看,“权利—义务—责任”三位一体、缺一不可。民事责任包含两个层面:一个层面指涉侵犯他人的权利,所应当承担的责任,即权利救济;另一个层面指涉民事权利主体应当合法、合理并负有责任感地行使自己的权利,民事权利的肆意与滥用,亦应当承担的责任,即权利担当。结合本文的主题看,《民法总则》专设“民事责任”一章,不仅仅在于宣示与落实“权利之救济”,还在于伸张“权利之担当”,私权合法即为“正当”,但是私权合理并负有责任感的行动才可称为“神圣”,从“正当”到“神圣”就是近代民法典到现代民法典的距离。

① 参见杨立新:《个人信息:法益抑或民事权利——对〈民法总则〉第 111 条规定的“个人信息”之解读》,《法学论坛》2018 年第 1 期。

② 参见李伟民:《“个人信息权”性质之辨与立法模式研究——以互联网新型权利为视角》,《上海师范大学学报》(哲学社会科学版)2018 年第 3 期。

③ 杨立新:《个人信息:法益抑或民事权利——对〈民法总则〉第 111 条规定的“个人信息”之解读》,《法学论坛》2018 年第 1 期。

④ 参见张新宝:《从〈民法通则〉到〈民法总则〉:基于功能主义的法人分类》,《比较法研究》2017 年第 4 期。

⑤ 肖海军:《非法人组织在民法典中的主体定位及其实现》,《法商研究》2016 年第 2 期。

⑥ 李昊、邓辉:《我国〈民法总则〉组织类民事主体制度的释评》,《法律适用》2017 年第 13 期。

⑦ 参见杨立新:《民法总则规定民事责任的必要性及其调整》,《政法论坛》2017 年第 1 期。

(二) 民法典的努力方向

应当承认,民法典回应国民公共精神的视角或者说切入点是极其多元而庞杂的,它既可以在总则中以法律原则的形式进行宣誓,又可以在分则各编落实于一个个具体的法律条文中。然而,从整体主义视角看,中国民法典若要以公民社会基本法的姿态对国民性问题做系统性回应,并借以重塑现代民法典的精神气质,则应实现“由个人主义为中心到个人主义与团体主义并重”“由意思表示为中心到意思表示与程序并重”两个转变,进而实现由近代民法典到现代民法典的制度转向。通过团体与程序规则,塑造一种新的有利于滋养公共精神的民事生活方式,进而潜移默化、润物无声地影响国民性格。

1. 由个人主义为中心到个人主义与团体主义并重

团体是培育公共精神的最佳场所,团体生活是培育公共精神的最佳生活方式。中国民法典若要在世界民法典之林中发起一场公共精神启蒙运动,就必须关注团体、关注团体生活。然而,遗憾的是,近代民法典散发着浓郁的个人主义气息,尊重自然人,而轻视团体。近代民法典的个人主义价值观在主体资格与法律行为方面均有明显表征:(1)在主体资格方面,重“自然人、轻团体”。近代法律,一般只承认两个法律主体,一个为国家、一个为自然人,国家在公法内活动,自然人在私法内活动。^①在立法者看来,赋予团体以人格,“不免有妨碍国家目的及拘束个人自由之虞”。^②正因如此,近代民法典普遍存在“重自然人、轻团体”的立法偏向。例如,《法国民法典》第一编中规定的“人”,仅指法国人(自然人),不包括法人或团体;^③《德国民法典》虽受日耳曼民族的团体主义精神影响,明确了团体或法人的民事主体地位,但此举更多的是基于实用主义的便利性考虑,而非真正在人格层面将法人与自然人等同视之。^④《民法通则》也有如此倾向,“《民法通则》以‘能够独立承担民事责任’作为法人必须具备的条件之一,从而将合伙企业等‘其他组织’排除在法人之外,导致合伙企业等‘其他组织’在权利主体类型上无所归属”。^⑤《民法总则》相对于《民法通则》而言,对法人与组织的重视度有大幅提升,如将合伙企业等非法人组织安排在与自然人并列的位置而非如《民法通则》那样将其放置于自然人一节之内;又如以“特别法人”一节囊括了更多的法人主体资格类型。然而,《民法总则》仍旧没有承认合伙企业等其他组织的法人地位,它们在自然人与法人的夹缝中存在,作为团体组织的主体资格仍旧晦暗不明。(2)在法律行为方面,偏重合同行为等个人法行为,而轻视甚至忽略决议行为等团体法行为。在《德国民法典》的法律行为一章中,专设“合同”一节内容,条文有13条之多。^⑥并且,《德国民法典》第2编“债编”也几乎全部关涉合同。但决议在《德国民法典》中并未被纳入法律行为范畴,仅在“法人”一节有所体现,并且从内容表述看,决议在《德国民法典》中是被当作一种机制而非一类法律行为。从我国民事立法看,我们有《合同法》却没有《决议法》,并且《民法通则》中的“民事法律行为”一节也是以合同行为为蓝本构造而来的。^⑦决议也未被上升到法律行为的一般性高度,而仅在《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)等特别法中有所体现。在我国民法学理论研究中,有关合同的研究成果早已汗牛充栋、车载斗量,而关于决议行为的研究则始终星星点点。甚至有民法学者提出:“在整个法律行为制度当中,契约是‘唱主角的’,是‘大腕儿’,单方行为和决议行为都是‘唱配角的’,是‘跑龙套的’;只有契约,才是产生或者变更法律关系、尤其是产生或者变更债法上权利义务关系最重要的法律要件”。^⑧决议行为不彰显,则决议行为规则无从建立、团体生活无法真正实现秩序化,团体生活的公共精神培育功能也无法得以有效发挥。

团体主义,是一个社会学、政治学概念,在某些语境下又被称为社群主义、法团主义或者合作主义,其

① 参见[美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东等译,知识出版社1984年版,第109页。

② 郑玉波:《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第174页。

③ 参见叶林:《私法权利的转型——一个团体法视角的观察》,《法学家》2010年第4期。

④ 参见王雷:《我国民法典编纂中的团体法思维》,《当代法学》2015年第4期。

⑤ 柳经纬:《民法典编纂中的法人制度重构——以法人责任为核心》,《法学》2015年第5期。

⑥ 参见《德国民法典》第145~157条。

⑦ 参见吴飞飞:《决议行为归属与团体法“私法评价体系”构建研究》,《政治与法律》2016年第6期。

⑧ 张谷:《对当前民法典编纂的反思》,《华东政法大学学报》2016年第1期。

是在对个人主义、自由主义的反思与批判的基础上发展起来的一种学术思潮。1991年美国50余名学者与政治家共同签发了一份长达14页名为“回应性社群主义政纲:权利和责任”的政治宣言,这份宣言对在西方世界占据统治地位的个人主义、自由主义价值观做了旗帜鲜明的批判,并得出“必须用社群主义的观点处理我们这一时代所有重大的、社会的、道德的和法律的问题”的结论。^①这个事件是当代社群主义或团体主义思想发展的一个高潮事件,它发生在标榜自由主义的美国,对一贯崇尚集体主义的中国而言或许更具启发性意义,对中国民法典的编纂亦复如此。民法典的终极制度愿景并非局限于私权的解放、经济效益的提升这些阶段性目标,而应定位于构建一个秩序化的、富有道德感、幸福感的社会生态。团体主义所推崇的责任伦理、共同的善、共同的诚信、^②“共同体生活对成员合群需求及归属感的满足”,^③都与民法典承载的终极制度愿景高度契合。因此,中国民法典编纂需要团体主义方法论,中国民法典需要团体主义价值观。

中国民法典的团体主义进路就实施层面而言是多元的、庞杂的,民事主体制度、法律行为制度、民事责任制度等可能都需要被重新审视与架构,工程量之大,显然不能毕其功于一役。然而,我们可以采取渐进式的改造立场,先找寻到一个灌注团体主义精神的突破口,再经由这个突破口循序渐进地实现民法典的价值观转向。笔者认为,这个突破口就是民法典中的法律行为制度。民法典之最高精神为私法自治,法律行为既是私法自治之实现工具,又是贯穿民法典的线索与纽带,团体主义精神可经由法律行为制度如血液一样流淌到民法典的周身。具体而言:(1)民法典中的法律行为制度应当摒弃合同行为规则独霸天下的既有格局,实行个人法行为规则与团体法行为规则二元界分的结构化规则配置模式,以突出团体法行为的重要性。《民法总则》第134条第2款规定:“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立。”首次承认决议行为的法律行为属性,是一大历史性进步。然而,对于决议行为这种基础性的团体自治行为,《民法总则》在“民事法律行为”一章中仅规定了不到一个条文的内容,确实与决议行为应有的地位不相称,并且未从法律行为类型化视角规范决议行为。孙宪忠教授曾以人大代表身份向全国人大提交《关于中国民法典中民法总则的编制体例的议案》,在该“议案”中孙宪忠教授针对民法典总则中的法律行为制度提出“应当承认单方行为和双方行为、团体行为的区分”。^④团体法注重合作性,而个人法则偏重博弈性,这决定了团体法行为与个人法行为不能含混在一起。《民法总则》并未将决议行为与合同等个人法行为放在同样的高度,在这种情况下只能期待分则“物权编”以及《公司法》等特别法在凸显团体法行为重要性方面有所作为。(2)以决议行为效力认定规则为核心构建一套团体法的“私法评价体系”,使团体走出“威权之治”与“乌合之治”的治理泥沼,让团体自治成为真正意义上的规则之治。^⑤规则化、秩序化的团体生态,才会逐渐培养起团体成员的规则意识、公共意识及公共精神。尽管《公司法》《中华人民共和国合伙企业法》以及《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)中均有关于决议的规定,团体生活并非无法可依。然而,既有的决议规范存在以下问题:其一,并未视决议为法律行为,也就无法借助法律行为制度中相对成熟的效力评价体系构建出决议行为的效力评价规则,进而无法营造真正秩序化的团体生活。其二,决议规则呈碎片化分布,彼此之间缺少学理一致性,团体生活的秩序共识难以达成,公共生活的共同性规则也就无法形成,自然会影响到公共精神的养成。如笔者前文所述,《民法总则》首次承认决议行为的民事法律行为属性,使人们对于决议行为的认知向前迈进了一大步。但遗憾的是,其并未就决议行为规定一套一般性的决议行为规则或者说效力认定规则,也就没有改变决议行为规则在《物权法》《公司法》等特别法中碎片化分布的状态。尽管《民法总则》中的民事法律行为效力规则在理论上可

① 参见俞可平:《社群主义》,东方出版社2015年第3版,《导言》第1~2页。

② 参见[美]菲利普·塞尔兹尼克:《社群主义的说服力》,马洪、李清伟译,上海世纪出版集团2009年版,第28~38页、第119~136页。

③ [英]保罗·霍普:《个人主义时代之共同体重建》,沈毅译,浙江大学出版社2009年版,第142页。

④ 孙宪忠:《关于中国民法典中民法总则的编制体例的议案》,http://www.360doc.com/content/15/0310/12/3761675_45401228,2016-10-12。

⑤ 参见吴飞飞:《决议行为归属与团体法“私法评价体系”构建研究》,《政治与法律》2016年第6期。

适用于一切民事法律行为,但是实质上它主要萃取于合同法,对合同行为最具解释力,对决议行为则不然。笔者揣测,这与学界有关决议行为规则的研究相对薄弱有关,也即理论界尚未能为《民法总则》提供一套共识性的决议行为规则理论体系,在知识给养匮乏的情况下,立法者对决议行为作“宜粗不宜细”的制度设计,也不失为一种明智之举。决议行为规则的体系化、确定化确实需要实务部门漫长的经验积累,以至于各特别法中特殊决议行为规则相对成熟后,再从一般性层面抽象出一套统一的团体法“私法评价体系”。

2. 由意思表示为中心到意思表示与程序并重

近代民法典一个普遍性的特点是重意思表示而轻程序。依照民法学界的主流观点,民法典是私法典,调整的是公民的私事,私事私办,崇尚私法主体意思自治,也即依照自己的意志发生法律上的效果。另外,民法典又是私权法典,推崇权利本位,权利也是当事人可依自己的意志决定为或不为。法律行为是近代民法典的线索与纽带,意思表示又是法律行为的核心性要素,并且“法律行为和意思表示的概念在许多情形中被作为同义词使用”,^①甚至有部分学者认为,“法律行为即是意思表示”。^②因此,我们可以说近代民法典是以意思表示为中心构建起整套的体系性架构。

近代民法典对意思表示的推崇,受其个人主义、理性主义以及自由主义价值观的影响,在私权启蒙、人性解放、经济发展等诸多方面发挥了至关重要的作用。然而,意思自治是一把“双刃剑”,它的另一面是意思的肆意、意思的非理性及意思之间的冲突。而公共精神,在某种意义上可以将其理解为一种意思的谨慎、理性及宽容体恤精神。进而言之,公共精神可以治疗民法典中意思自治所引发的负面效应,而治疗所需的“药引子”就是程序。

民法典是权利法典,权利法典未必就只讲意思、不讲程序。美国最高法院大法官威廉·奥威尔·道格拉斯曾言:“权利法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实绝不是无意义的,正是程序决定了法治与肆意的人治之间的基本区别。”^③《权利法案》尚且如此,民法典亦不应例外于程序。当然,如果仅仅因为《权利法案》注重程序性条款就得出民法典也应如此的结论,那么显然缺乏说服力。民法典应当重视程序性规则,关键肇因在于程序性规则有助于解决民法典所面临的现代性危机、有助于彰显民法典的人文精神、公共精神。(1)民法典中的程序性规则在本质上是一种私权交往规范,它有助于提升私权交往的秩序性,避免私权彼此间的冲突、僭越以及私权行使的无规则化状态。例如,物权的登记公示程序,一方面在于宣示权利人对某物的财产权利;另一方面则在于通过权利公示,减少权利人与第三人之间的私权冲突风险。又如,合同订立中的邀约与承诺程序,就是一套意思表示的交往规范,一方面起到确保合同当事人意思表示真实性的价值作用;另一方面又彰显了合同关系的平等、诚信特性。还有一个较为直观的例子,在公司等团体内部机关的决议行为中,议事程序与表决程序的存在,使得各团体成员可以非常秩序化地表达其意思,并进而形成科学、民主的团体意思表示。进而言之,决议行为中的议事程序与表决程序的存在,在很大程度上保障了私法团体生活的秩序性,而私法团体生活与公共生活则具有诸多的相通性。一个懂得尊重团体生活规则的人,一般也会懂得尊重公共生活规则,也更具有公共精神品性。(2)民法典中的程序性规则有助于培养私法主体的规则意识,减少私权的肆意与滥用。肇始于《德国民法典》的法律行为理论,以意思来认定行为的效力,忽略了程序。而如陈醇教授所言:“由于人际关系的陌生化和交际技术的发达,对意思的确定将越来越困难,与其以意思来确认行为的效力,还不如以程序来确认行为的效力。”^④在日常生活中,我们经常听到“按规则办事”这句话,而所谓“按规则办事”其实就是指“按程序办事”。在以民法为代表的私法中,我们讲究私法自治、法不禁止则为允许,而私法自治应当是规则之治、程序之治,没有规则、程序约束的私法自治会导致私权的肆意与滥用。

具体而言,笔者认为,民法典中的程序性规范当主要从下述几个方面落实:(1)建立意思表示与程序并

① [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第29页。

② 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第103页。

③ 转引自季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,《中国社会科学》1993年第1期。

④ 陈醇:《程序在私法中的重要地位》,《浙江师范大学学报》(社会科学版)2004年第2期。

重的法律行为制度。即将意思表示中心主义的“权利主体—意思表示—法律后果”传统法律行为制度变为意思表示与程序并重的“权利主体—意思表示—行为程序—法律后果”的新法律行为制度。在意思表示规则的基础之上细致搭建意思的“形成程序”与“表示程序”,让意思得以依照科学的、规范的程序形成、表示。(2)引入程序瑕疵评价规则。我们既有的法律行为效果评价规则主要是意思表示瑕疵规则,“欺诈”“胁迫”“乘人之危”“重大误解”等均是因为影响了当事人意思表示的真实性而遭受法律效果评价上的不利益。而在意思表示与程序并重的法律行为制度下,不仅意思表示瑕疵会对法律行为的后果产生影响,而且程序瑕疵也应当对法律行为后果产生影响,唯此才能逐渐培养起国民的程序意识与公共精神。目前,在私法的部门法中已经有程序瑕疵制度的雏形,问题是,一方面对于程序瑕疵的重视程度不够,另一方面尚未形成规范化体系。例如,《公司法》第 22 条第 2 款规定:“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起 60 日内,请求人民法院撤销。”依照该规定,公司决议违反程序的为可撤销决议,而该条第 1 款却规定“决议内容违反法律、行政法规的无效”,由此可见,“内容(即意思表示)”与“程序”并未被《公司法》平等对待。^① 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》在这方面有所进步,即针对决议程序缺失的情况,在“决议可撤销”的基础上增加了“决议不存在”这一效力评价形态。^②

《民法总则》“民事法律行为”一章不仅在“一般规定”一节以意思表示为核心对民事法律行为的概念进行了重新界定,^③而且还以专节内容对意思表示的解释规则作了详尽规定。^④ 而《民法总则》“民事法律行为”一章所能找到的有关程序的规定仅有第 134 条第 2 款中的“议事方式和表决程序”寥寥几字。其实由《民法总则》对民事法律行为程序作出规定确实是一个技术难题,因为程序相对于意思表示而言是琐碎的、繁杂的。这与民法总则高度抽象的特质格格不入,也注定了它很难在民法典的总则部分栖身。因此,总则重意思表示,分则重程序,对于中国民法典而言或许是一种较好的选择。

五、结语

物质丰富、精神匮乏可以说是当下部分国人精神面貌的一个真实写照。有感于此,针对正在进行的民法典编纂工作,范健教授提出:“(民法典应当)崇尚民法伦理精神,抑制社会伦理的全面下滑”;^⑤ 谢鸿飞教授提出:“民法典应以私法自治为核心,并尽可能兼顾正德、维和、厚生和利用四大传统价值。”^⑥ 诚哉斯言,在社会道德伦理日渐衰微的今天,中国民法典应当肩负起重塑国民性格的历史使命。限于研究视野和理论功底,笔者无法在本文中为中国民法典编织出一套宏观的价值秩序,故仅截取公共精神这一问题面向,以力求将观点与方法均落到实处。同时,笔者对本文的主要观点做出下述澄清与说明:其一,私法自治与私权保障问题仍旧是中国民法典之基本着力点,舍此,国人独立人格不得彰显,则公共精神亦无从谈起。其二,中国民法典应回应国民公共精神缺失之现实问题,并非要在法典中为国民设定形形色色的道德义务,而是要通过民法典的价值宣示与规范引导,潜移默化、润物无声地影响国民的性格。其三,就培育国民公共精神这一任务而言,民法典可选择的手段是多元的,而团体与程序在所有手段中最具基础性、普遍性与根本性。

责任编辑 温世扬

① 参见吴飞飞:《论公司章程的决议属性及其效力认定规则》,《法制与社会发展》2016 年第 1 期。

② 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》第 4 条规定:“本规定第 1 条规定的原告有证据证明系争决议存在下列情形之一,请求确认决议不存在的,应予支持:(一)公司未召开股东会或者股东大会、董事会,但是公司按照公司法第 37 条第 2 款或者公司章程的规定不召开股东会或者股东大会而直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章的除外;(二)公司召开股东会或者股东大会、董事会,但是未对决议进行表决。”

③ 《中华人民共和国民法总则》第 133 条规定:“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。”

④ 《中华人民共和国民法总则》第 6 章第 2 节以专节形式共 6 个条文对意思表示解释规则作了详尽规定。

⑤ 范健:《中国需要一部什么样的民法典》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2016 年第 1 期。

⑥ 谢鸿飞:《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》,《清华法学》2014 年第 6 期。