

整体法秩序中的“双轨制”立法模式

——以《德国民法典》的形象变迁为线索

李康

摘要 | 长期以来,我国学术界对于《德国民法典》形成了如下的刻板印象:立法技术高超,但忽视了社会发展的潮流。这种看法主要是接受了维亚克尔等人的观点。从20世纪80年代以来,在整体法律秩序观的影响下,德国学者对《德国民法典》与特别立法的关系重新进行了考察,发掘出一种以法典为中心的“双轨制”立法模式。在19世纪末,法学家基尔克和普朗克围绕民法典与特别私法的关系展开了激烈的学术争论。最终,德国政府遵循了“民法典之父”普朗克的立法思路:通过民法典与特别立法的分工,既保持了民法典的稳定性,又满足了现实需求。在德国法学界,民法典的形象也逐渐发生变迁,它不再被讥讽为“古典自由主义的晚生子”,而是追求所有私法主体的平等和自由。

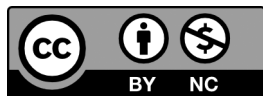
关键词 | 《德国民法典》;“双轨制”立法;整体法律秩序;特别私法

作者简介 | 李康,中国人民大学法学院博士研究生,研究方向:比较法律史。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、引论

受到近代理性自然法观念的影响,民法典被寄予了塑造统一私法体系的任务。^[1]然而,在现代社会中,新兴的私法领域不断涌现,使得“私法统

一”和“私法体系化”之间存在着巨大的张力。^[2]

一般认为,私法秩序的统一性和私法体系的纯粹性,两者之间的矛盾要到20世纪,尤其是20世纪后半期,才逐渐显现出来。^[3]不过,早在19世纪末《德

[1] Reinhard Zimmermann, “Codification: history and present significance of an idea,” *European Review of Private Law* 3 (1995): 98–101.

[2] 谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,载《中国社会科学》2013年第2期,第100–112页。

[3] 朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,载《中国社会科学》2010年第6期,第151页;张礼洪:《民法典的分解现象和中国民法典的制定》,载《法学》2006年第5期,第48页。

国民法典》制定期间,究竟是“统一性”还是“体系性”才是民法典最应考量的因素,就已经引起了激烈的学术争论。在针对该问题的研究中,德国法律史学者弗朗茨·维亚克尔的影响力最大。在他看来,《德国民法典》忽视了实质伦理的要求和社会发展趋势,乃是古典自由主义和潘德克顿法学的晚生子。^[1]在《比较法总论》中,茨威格特和克茨表达类似的观点:《德国民法典》被打上了自由资本主义和潘德克顿法学的烙印,它不是20世纪的序曲,而是19世纪的尾声。^[2]我国学术界也大都接受上述的看法:《德国民法典》的立法技术高超,却忽视了私法发展的潮流。^[3]然而,重新回溯《德国民法典》的制定历史就不难发现,当时德国的立法者并非无视社会发展的多元化趋势,而是采取了一种“双轨制”(zweispurigkeit)的立法模式,在民法典和特别立法之间进行合理的分工,构建起一种整体的法律秩序。^[4]此外,《德国民法典》也并非代表了有产市民阶级的自由,而是追求所有私法主体享有的、平等的法律自由。目前,对于《德国民法典》形象的重新解读得到了众多德国学者的支持。^[5]

在下文中,笔者将首先介绍日耳曼派法学家奥托·冯·基尔克对“德国民法典第一草案”的批评和“《德国民法典》之父”戈特利布·普朗克对基尔克的回应,尤其侧重于两者围绕民法典体系问题展开的交锋。其次,本文将论述,普朗克主张的“双轨制”立法思路与德国政府的立法实践是相一致的:《德国民法典》制定前后,德国政府还通过了诸如劳工保护、分期付款、建筑商优先受偿等保护弱者

的特别立法,这些立法有效地缓和了社会争议。第三,基尔克和普朗克的争论没有随着《德国民法典》的生效而终结,对于《德国民法典》的批评声音一直存在。20世纪中期以来,维亚克尔提出了“古典自由主义晚生子”的说法,成为之后人们对于《德国民法典》的主流印象。对此,笔者将指出,《德国民法典》反映了以有产市民阶级为代表的社会模式的论断是不妥当的,其忽视了当时德国的整体法律秩序。在此基础上,笔者将提出一个新论断,即《德国民法典》追求的乃是所有私法主体在法律上的平等自由,而非曼彻斯特式的放任自由。与之相呼应,被认为违背了民法基本原则的劳动法、消费者保护法等特别立法与民法典之间的关系,也将得到重新界定。

二、基尔克 vs. 普朗克:“双轨制”模式的理论之争

(一) 基尔克——民法典草案缺乏现实观照

1889年“德国民法典第一草案”公布后,遭到了德国法学界和社会各界的激烈批评。在所有的批评者中,日耳曼派法学家奥托·冯·基尔克无疑是影响力最大的一位。民法典草案一经公布,基尔克便全身心地投入到对草案的研究之中。从1888年底到1889年,基尔克先后在《斯莫勒年刊》(Schmoller's Jahrbuch)上发表了数篇文章,随后又将之整理为一份接近600页的评价意见——《民法典草案与德意志私法》。^[6]在书中,他对民法典草案的整体精神、语言及表达、体系和适用范围以

[1] Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt am Main 1974, S. 15ff. 另可参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点(下)》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第456页以下。

[2] [德]茨威格特、克茨:《比较法总论(上)》,潘汉典、米健等译,中国法制出版社2017年版,第269页以下。

[3] 高鸿钧、李洪海主编:《新编外国法制史(上册)》,清华大学出版社2015年版,401页以下(王洪亮撰写);林榕年、叶秋华主编:《外国法制史(第六版)》,中国人民大学出版社2017年版,第214-216页。

[4] “双轨制”的说法来自于罗尔夫·施蒂尔纳教授, Rolf Stürmer, Der Hundertste Geburtstag Des BGB—Nationale Kodifikation Im Greisenalter?, JZ (1996), S. 741-43.

[5] Joachim Rückert, Das Bürgerliche Gesetzbuch—ein Gesetzbuch ohne Chance?, JZ (2003), S. 749-760; Hans-Peter Haferkamp, Bürgerliche Gesetzbuch, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann (Hrsg.) Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Mohr Siebeck, 2009, S. 229-233; Tilman Repgen, Bürgerliche Gesetzbuch, in: HRG, Band I Lieferung 4, S. 752-765.

[6] Otto von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889.

及草案各分编的具体条文，进行了细致的分析和解读。据此，他得出结论：无论是精神和内容，还是语言和表达，民法典草案都是完全失败的，它忽视了私法的社会任务。^[1]此后，“社会性”（sozial）便成为相关讨论中必不可少的关键词。无论是肯定还是否定基尔克的主张，几乎所有针对民法典草案的重要意见，都会或直接或间接地提到“私法的社会任务”。^[2]除此之外，基尔克对于法典体系的批判，尤其是一般法和特别法的关系，同样值得关注。

在基尔克看来，民法典作为整个私法秩序的基础，其必须尽可能全面地涵盖所有的私法素材，尽可能地展现当下私法状况的全貌。民法典的体系不仅仅是一种将条文加以简单分类和整理的外部框架，同时也是私法内部融贯的思想关联的表达。因此，民法典作为私法秩序的基础，绝不当把特别法排除在外，而是应当使特别法环绕在一般法的周围。只有这样，才能保证民法典与其他法律素材之间的有机联系，才能使民法典尽可能全面地统领整个私法秩序。^[3]当然，这并不意味着，所有的私法素材都应当由民法典做出统一规定，而是在强调，当下法律秩序中现实有效的特别法，必须在民法典之中有所体现。与此同时，贯彻了民法典精神的特别法，可以通过帝国专门立法或是地方立法，得到进一步的发展。一方面，用专门立法的形式，将某些特别法加以具体化，可以避免整个民法典的体系过于臃肿；另一方面，统一全国私法是必要的，但是这并不意味着，整个德国要适用完全一致的规则。植根于历史的地方特性、社会和经济方面的地区性差异，这些因素都要求，民法典必须要为地方特殊的立法需求，保留必要的空间。^[4]

当前的民法典草案不过是以条文的方式呈现的潘德克顿法学教科书。潘德克顿法学所追求的，是一个逻辑上前后一致的体系，其沉溺于学术概念的演绎和想象中，完全无视现实的私法秩序。在法典起草委员会看来，“特别法”不过是缺乏原则的“特权法”（*jus singulare*）。这些制度之所以存在于法律秩序中，完全是考虑到其实用性，但是它们在本质上违背了“法律理性”（*contra rationem juris*），破坏了私法真正的逻辑。为了使民法典尽可能地保持纯粹私法体系的外观，那些基于现实需要而必须保留的特别法，被规定在了《民法典施行法》（EGBGB）之中。^[5]基尔克强调，那些被规定在《施

行法》中的法律，绝不是无关紧要的特权法。这些制度传承着日耳曼法的精神，并逐渐形成了内在的原则，乃是德国现行私法秩序的重要组成部分。民法典草案所效仿的法律体系，完全是根据罗马法上个人主义的逻辑推导出来的，其根本无力容纳这些彰显着团体思想的法律制度。民法典草案的体系，从一开始就误入歧途：“如果一项制度没有出现在潘德克顿教科书中，它从一开始就会被推定也不属于民法典的内容。”^[6]起草委员会选择采用一种机械的标准，来确定哪些法律素材应该被纳入民法典之中，哪些应当被排除在民法典之外。为了维持逻辑连贯的体系，大量的私法被排除在民法典之外，这将导致“民法典所展现的现行有效法律的图景是完全错误的”。^[7]

不过，基尔克所说的“特别法”不能简单地等同于现代意义上的特别私法，其更多的是指历史上流传下来的法律制度，如一子继承制（*Anerbenrecht*）和仆役法（*Gesinde*）等内容。一子继承是农民继承权的一种特定形式：众多继承人中，只有一人能够取得农民的土地及农业生产资料，以防止因继承而导致土地的分散，使农庄难以继续维持下去。基尔克认为，该制度对于保护农民及其家庭具有重要的意义，极力主张将其规定在民法典中。^[8]据考证，一子继承制可以追溯到中世纪中期到晚期，是一项在实践中逐渐形成的制度。到了19世纪，自由化改革使得农业土地上的封建关系被清除，这

[1] Otto von Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, Leipzig 1889. Ibid, S. 2.

[2] Tilman Repgen, *Die soziale Aufgabe des Privates: Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, 2001, S. 51.

[3] Otto von Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, S. 94.

[4] Ibid, S. 96.

[5] Ibid, S. 100.

[6] Ibid, S. 96.

[7] Ibid, S. 101.

[8] Otto von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrecht*. Julius Springer, Berlin 1889, S. 23f. 这篇著名的演讲稿已经被翻译为中文，参见[德]奥托·基尔克：《私法的社会任务》，刘志阳译，载《私法的社会任务——基尔克法学文选》，中国法制出版社2017年版。

意味着,一子继承已经成为纯粹的继承法问题。在实践中,如果某一继承人想要获得全部的土地,需要经过其他继承人的认可才能实现。^[1]在《德国民法典》制定期间,全国经济委员会(Landes Oekonomie Kollegium)和德国农业协会(Deutscher Landwirtschaftsrat)等团体强烈要求把该制度加入到法典之中。^[2]但是,该项主张没有得到采纳,根据《民法典施行法》第64条的规定,一子继承制应当由各邦的立法加以调整。^[3]此外,在基尔克看来,“民法典草案对于仆役法不着一字,同样也是一个令人惋惜的典型疏漏”。^[4]在19世纪的德国,仆役主要是指,各种农业工人(Landarbeiter)、雇工(Knecht)、女仆(Magd)以及家庭帮工(Hausbediensteter)等在家庭或是农业领域从事劳动的人群,但是其具体的对象在不同时期或不同地区的法律中会有所差异。仆役法就是泛指调整仆役与家主之间关系的法律。^[5]根据《民法典施行法》第95条,仆役法被排除在民法典雇佣合同法之外,仍然属于各邦的立法范围。不过,根据《施行法》95条第2款的规定,民法典雇佣合同部分617-619条的保护性规定,同样适用于仆役法,这实际上构成了对各邦立法的限制。^[6]直到1918年11月革命后,人民代表委员会(der Rat der Volksbeauftragten)宣布废除了各邦的仆役法。^[7]

(二)普朗克——民法典与特别立法存在合理分工

面对基尔克的尖锐批评,被后世誉为“民法典之父”的戈特利布·普朗克很快便撰写了一篇长文,加以回应。普朗克指出:一方面基尔克在诸多具体

的问题上做出了错误的判断,另一方面他忽视了民法典与国家专门立法和地方立法之间的合理分工。^[8]民法典的任务在于对现有的法律进行法典化,而不应将之作为变革的工具;众多社会革新的任务,应当交由专门立法或地方立法来完成。然而,对于当时的德国来说,编纂民法典显然更为复杂:因为在德国境内,不同地方生效的法律之间存在巨大的差异,所以,民法典的任务就不仅仅局限在将所有生效的法律确定下来,还需要统一的立法来取代现实有效的各种法律。从各式各样的法律中选择出适用于全国的法律,并不存在一个统一的标准,而是要综合考量多种因素。^[9]这意味着,一项法律规定能否被纳入法典,不仅仅取决于规定本身的合理性,同时还取决于该规定是否能够在全国范围内被顺利地接受。如果未能在各地不同的法律规定中找到一项折衷的解决方案,那么就只能制定全新的法律规定。然而,如果人们对于新制度的内容和表述不能达成一致,那么该制度就应当交由特别立法加以规定,而不应纳入民法典中。除此之外,民法典作为私法的基础,不应偏袒任何特定阶层或群体。“民法典从不应对此一或彼一阶层的利益予以照顾,而是应当在权衡所有的相关利益的基础上,采取最符合整体利益的规定。”^[10]私法领域确实有必要,对某些人群的利益予以专门的关照,这应当交由特别立法来完成。作为民法典的重要补充,特别私法可以基于现实需要,对特定阶层的利益进行专门的调整和保护。

不过,普朗克强调民法典与特别立法之间的分

[1] Bernd Schildt, Anerbenrecht, in: HRC, Band I Lieferung 2, S. 233f.

[2] Michael John, Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of the Civil Code, Oxford University Press, New York 1989, pp. 112-139, 177f.

[3] Benno Mugdan, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, Berlin 1899, S. 28f.

[4] Otto von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 99.

[5] Rainer Schröder, Gesinde, in: HRC, Band III Lieferung 10, S. 319f.

[6] Benno Mugdan, Die Gesamten Materialien, S. 17.

[7] Andreas Deutsch, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischen Kommentar zum BGB, Band III, § 617-619, Rn. 22.

[8] Gottlieb Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, AcP 75 (1889), S. 407ff.

[9] Ibid, S. 331ff.

[10] Ibid, S. 406.

工,绝不意味着他希望把民法典打造为“技术中立”的纯粹私法体系。把法律概念的演绎视为法律的目的,乃是走上了歧途;法律概念和法律技术只是传达法律思想的工具,只是达成道德、经济和社会目的的手段。故此,民法典的规定也要符合民众生活的道德、社会和经济需求。^[1]具体来说,合理考虑他人的正当利益,限制个人权利滥用并削弱由此造成的后果,从而保护经济上的弱者,巩固社会秩序的基础,乃属于民法典的应有之义。^[2]不过,对于谁是弱者,谁是强者的问题,决不能根据一般的标准来决定。经济力量的强与弱、社会地位的高与低,绝不应当成为民法典条文设计的前提条件。换言之,现实社会中的弱者,并不是民法典意义上的弱者。就此而言,民法典的条文无法为穷人提供直接的保护。此外,在债务关系中,不加区分地把债务人认定为弱者,也是毫无道理的。要对弱者进行有效的保护,就必须对具体的法律关系进行仔细的考察,只有当保护性的规定不会对其他同样具有正当性的利益造成严重损害时,民法典才能在具体的法律关系中对弱势的一方予以特别的关照和保护。^[3]换言之,“弱者保护”仅仅是民法典所追求的目标之一,在法律条文的制定过程中,还必须考虑其他因素,特别是交易安全问题。例如,“非常损失规则”^[4](*laesio enormis*)和“阿纳斯塔修法”^[5](*Lex Anastasiana*)等制度在现实中无法有效实现保护弱者的立法初衷,还容易造成权利滥用、威胁交易安全。所以,民法典草案才没有采纳这些规定。^[6]

不难看出,普朗克提倡的“双轨制”立法不是像基尔克所说的那样,把不符合个人自由主义的、

无法融入潘德克顿体系的私法制度都排除在民法典之外,将它们规定在《民法典施行法》之中。民法典也把“弱者保护”作为自身追求的目标,不过,民法典只能对特定法律关系中的主体加以照顾,而且保护性规定必须以不对其他正当利益造成严重损害,尤其是不危及交易安全为限度。民法典之外的特别立法(不限于私法规范)则可以更为直接地承担起保护弱者的职责。^[7]首先,对特定阶层或群体的利益加以照顾的法律,可以交由特别立法加以规定,如保护农民土地的一子继承制,保护工人人身安全的劳工保护立法。其次,社会变革的任务,尤其是把社会政策转化为法律成果,应当交由特别立法来实现,如19世纪80年代制定的一系列社会保险立法。此外,对于尚处在发展阶段,还未形成稳定制度规范的领域,也应当交由特别立法加以调整。例如,抵制高利贷显然具有正当性,不过此前的高利贷立法尚不完善,政府仍在考虑是否需要高利贷立法进行修改或扩大其适用范围,故此,用特别立法调整高利贷问题无疑是更为妥当的。概言之,“双轨制”立法思路旨在强调民法典与特别立法之间的合理分工。民法典不应被孤立地看待,与之同步进行的还有大量的帝国专门立法和地方立法,特别立法与民法典共同构成了当时德国的整体法律秩序。

不可否认,基尔克对《德国民法典》的批评是极富前瞻性的,在一定程度上预言了私法发展的趋势。20世纪以来,为了适应快速发展的社会,特别立法的数量和规模大大增加,其中那些在精神和原则上都难以与民法典相容的特别立法,在法典之外

[1] Ibid, S. 333f. Siehe auch, Stephan Meder, Opposition, Legislation, Wissenschaft: Zum 100. Todestag Von Gottlieb Planck, JZ (2010), S. 480ff.

[2] Gottlieb Planck, Die Soziale Tendenz des BGB, DJZ (1899), S. 184.

[3] Gottlieb Planck, Zur Kritik Des Entwurfes, S. 408ff. 普朗克对于民法典和弱者保护之间关系的理解,与当代学者的认识是大体上一致的,参见许德风:《论民法典的制定与弱者保护》,载《广东社会科学》2012年第1期,第18页。

[4] 根据《元照英美法词典》的解释,非常损失规则是指在交易中,如果约定的价款低于标的物实际价值的一半的情况下,出卖人将享有解除合同的权利。具体参见,徐涤宇:《非常损失规则的比较研究——兼评中国民事法律行为制度中的乘人之危和显失公平》,载《法律科学》2001年第3期,第111-119页。

[5] 根据《元照英美法词典》的解释,《阿纳斯塔修法》的内容是指,如果第三人以低于其名义的价值购得债权或请求权,就不得再向债务人要求高于法定利息的价格补偿。

[6] 普朗克列举上述法律制度,是为了回应基尔克在《私法的社会任务》中提出的批评意见。Vgl. Otto von Gierke, (Fn. 22), S. 29ff, 中译本第43页以下。

[7] Gottlieb Planck, Das Bürgerliche Recht und die Arbeitenden Klassen, JZ (1909), S. 23ff.

形成了独立的“微观系统”。它们逐渐掏空了民法典的内容,使得民法典只能沦为“剩余法”,以致于意大利学者伊尔蒂宣告“解法典化时代”的到来。^[1]不过,基尔克所说的特别法主要是指特定的历史时期形成的,具有一定封建色彩的法律,如“一子继承制”和“仆役法”等内容。在当时的社会条件下,这些特别法可以保护特别群体的利益,有一定的现实意义。不过,随着经济社会生活的变迁,它们将难以适应时代的需求,不免走向被废止的命运。不难想见,如果当初《德国民法典》真的展现了当时私法秩序的全貌,把诸多特别法的内容纳入法典,那么它只会早早地沦为故纸堆,绝无可能跨越不同的政治体制,在当下迸发出新的活力。^[2]

三、社会政策性立法:“双轨制”模式的实践表达

普朗克全程参与了《德国民法典》的起草和修订工作,无论是在第一委员会,还是在第二委员会,他都发挥了举足轻重的作用。^[3]当然,普朗克的影响不仅体现在民法典本身,民法典与特别立法进行合理分工的“双轨制”立法思路,也充分体现在19世纪末期德国政府的立法实践中。在《德国民法典》制定前后,德国政府先后通过了社会保险立法、劳工保护立法、分期付款法和建筑商的优先受偿权等重要的法律,它们与民法典之间联系密切,形成了以民法典为核心的整体法律秩序。

(一) 社会保险与劳工保护

民法典制定期间,在俾斯麦的主导下,德国政府进行了社会保险立法。随着德国工业化进程的加快,由于法律认可了迁徙自由和职业自由,所以越来越多的人口聚集到城市中,成为工厂里的雇佣工

人。面对企业主的专横和压榨,当北德联邦于1867年取消结社禁令后,工人们开始组建工会和工人政党,并试图通过政治上的团结来维护自身的权益。在俾斯麦看来,不断发展壮大的社会主义工人运动,将成为威胁君主制度和帝国安全的最大危险。从1871年11月,俾斯麦就开始酝酿应对社会主义民主运动的政策:“只有现在进行统治的国家政权采取措施,方能制止社会主义运动的混乱局面,办法是由政府去实现社会主义的要求中看来合理的、并和国家和社会制度相一致的东西。”^[4]俾斯麦践行其社会政策的最重要的方式,便是社会保险立法。^[5]《疾病保险法》^[6]于1883年率先获得通过。根据该法,授薪工人必须在医疗基金中获得强制保险,疾病保险的保费,由工人和企业主共同承担,工人负担三分之一,企业主负担三分之二。按照原计划,《事故保险法》^[7]应当最先获得通过,但是,相关议案在帝国国会中遭到了两轮否决,直到1884年7月才获得通过。该法所覆盖的对象,包括工人和年收入不超过2000帝国马克的白领雇员,保险费用由雇主缴纳。随后,1886年的一项立法,把农业和林业中从事劳动的人,也纳入到事故保险和疾病保险的体系之中。社会保险体系的第三块内容是《残疾和老年保险法》^[8],1889年6月帝国国会通过这一立法。《残疾和老年保险法》规定了,针对年工资收入在2000马克以下人群的强制保险。保险费用由三部分组成:国家每年最高补贴50马克,其余费用由个人和企业各承担一半。工人在缴满30年的保险费后,便可在70岁后领取生活补助;残疾险则要求工人缴满5年的保费,此后因伤或因病致残的投保人,可以领取残疾津贴。

俾斯麦所推动的社会保险立法并不是德国19世纪末社会政策立法的全部,劳工保护立法对于

[1] [意] 那塔利诺·伊尔蒂:《解法典的时代》,薛军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第4卷,中国人民大学出版社2003年版,第95页以下。

[2] 谢鸿飞:《民法典的外部体系效益及其扩张》,载《环球法律评论》2018年第2期,第37-43页。

[3] Klaus-Peter Schroeder, Gottlieb Planck (1825-1910) - Ziehvater des BGB, JuS 2000, S. 1049ff.

[4] [德] 迪特尔·拉甫:《德意志史——从古老帝国到第二共和国》,波恩 Inter Nationes,第165页。

[5] Michael Stolleis, "History of Social Law in Germany," Springer-Verlag Berlin Heidelberg (2014): 39-61. 另可参见徐建:《“社会国家”思想、公众舆论和政治家俾斯麦——近代德国社会保障制度的缘起》,载《安徽史学》2007年第4期,第9-13页。

[6] "Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter. Vom 15. Juni 1883."

[7] "Unfallversicherungsgesetz. Vom 6. Juli 1884."

[8] "Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung. Vom 22. Juni 1889."

工人同样具有重要的意义。1939年3月,普鲁士就颁布过保护童工的法令,禁止工厂雇佣9岁以下的童工,同时规定,16岁以下的工人,每天的工作时间不得超过10小时,也不得在夜晚和周日工作。1869年北德联邦制定了《工厂法》(Gewerbeordnung),由于当时经济自由主义盛行,所以1869年的《工厂法》在工人保护方面,没有太多的突破。1871年帝国成立后,尽管从社会民主党到保守党,从中央党到讲坛社会主义,这些重要的社会力量都同意加大对于工人保护的力度,但是俾斯麦本人却极力阻挠对《工厂法》中的保护性规定加以修改。直到俾斯麦下台后,年轻的威廉二世立即把保护工人的社会政策计划提上日程。^[1]1890年2月4日的皇帝公告明确规定:“国家权力的使命之一,就是对工作的年限、时长和方式加以规定;对工人的健康、道德需求、经济需要以及他们对法律平等的要求,必须加以保障。”^[2]1891年6月1日,对于《工厂法》第七章的修改得以通过,这次修改加入了众多保护性的规定,所以也被称为“劳工保护法”。根据新修订的法律,工业领域原则上不得在周日工作,贸易和商业领域,在周日的工作时间不得超过5小时;女工每天的工作时间不得超过11小时;女工及未成年工人不得在夜间工作。

以社会保险立法和劳工保护立法为主体的社会政策立法,对于保护社会中的弱者,特别是为数众多的企业工人,无疑具有重要的价值。维也纳大学的教授安东·门格尔是代表无产阶级利益的社会主义者,也是《德国民法典》的重要批评者。在门格尔看来,目前工人阶级可能低估了疾病保险、事故保险、老年以及残疾保险的社会意义和慈善效果。此外,德国政府在劳工保护方面所做的努力,同样得到了门格尔的赞赏。^[3]他专门提到了,联邦参议院于1888年5月9日颁布的一项规范香烟制造企业的命令。此后,很多其他不同的行业,也都实现了类似的规定。在门格尔看来,行政管理行为与民法典并非是两个彼此独立的体系,它们共同构成了雇佣关系的新秩序,因此,他建议把《工厂法》中的许多规定纳入到民法典之中。后来,在帝国议会第十二委员会审议民法典草案的过程中,来自社会民主党的代表弗罗姆和斯塔特哈根提出议案,希望把《工厂法》的120条(a款、c款、d款、e款)和139条(b款)的保护性规定全部纳入到民法典中。然而,第十二委员会的大部分成员拒绝了此项修改

意见。在全体审议过程中,社会民主党议员伊哥纳茨·奥尔,再次提出了弗罗姆和斯塔特哈根的修改建议,但仍旧以失败告终。^[4]由此可见,为了缓和社会矛盾,压制社会主义运动,德国政府主动出台了社会保险立法和劳工保护立法,但是,立法者主要是希望借助专门立法对工人阶级的利益加以照顾,而无意于将民法典作为社会政策的工具。

(二) 分期付款的法律规制

在德国,分期付款交易最早出现于1835年前后,随后分期付款买卖在德国境内逐渐流行起来,成为非常重要的交易方式。^[5]到了19世纪末期,分期付款已经非常普及,以致于有人感慨:“只有一小部分人从没用过分期付款来购买商品。”^[6]当时分期付款买卖的标的主要是缝纫机、家具、衣物以及其他日用商品,对于收入微薄的工人阶级来说,分期付款买卖能够使他们购买到价格相对较高的家庭必需品,在一定程度上改善其生活水平。另一方面,分期付款拓宽了产品的销路,对于工商业的发展和国民经济的繁荣也具有重要的推动作用。不过,在分期付款交易中,商家经常利用其经济上的优势地位,以畸高的价格出售质量低劣的产品,这严重地损害了社会底层群众的利益。具体来说,当时的分期付款买卖主要有两种合同形式。第一种形式是约定了所有权保留条款和失权条款的买卖合同。所谓的“失权条款”是指:在分期付款买卖中,如果

[1] Michael Stolleis, History of Social Law in Germany, pp. 63-66.

[2] Zitiert nach, Klaus Adomeit, Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht, NJW (1996), S. 1711.

[3] Anton Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl. Tübingen 1908, S. 170, 180ff.

[4] Horst Jakobs und Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 3, § 618-619, Walter de Gruyter, 1980, S. 788ff.

[5] Tilman Repgen, Abzahlungskauf, in: HRG Band I Lieferung 1, S. 56.

[6] Werner Schubert, Das Abzahlungsgesetz von 1894 als Beispiel für das Verhältnis von Sozialpolitik und Privatrecht in der Regierungszeit des Reichskanzlers von Copriv, ZRG GA 102 (1985), S. 131.

买受人未能支付一期或数期应付价款,那么出卖人有权取回标的物,但其无需返还买受人之前已经支付的价款。这种“失权条款”的约定被认为是分期付款合同的最大弊端,因为在绝大多数情况下,由于使用和磨损而造成的标的物的损失,是远远小于买受人先前已经支付的价款数额的。第二种形式是包装成租赁合同的分期付款交易,也是实践中更为常见的合同形式。在此种合同中,首付款被视为押金,后续的付款被视为定期支付的租金,在满足特定条件下,标的物的所有权将转让给承租人。如果承租人未能按时支付价款,那么出租人有权取回租赁物并保留已经支付的价款。^[1]鉴于分期付款买卖中权利滥用的现象非常普遍,为了维护经济的健康发展,保护买受人的正当利益,从19世纪80年代中期开始,众多企业协会、手工业协会等纷纷发起请愿活动,要求政府进行民事法律变革,通过法律手段规制分期付款行为。^[2]当时绝大多数人都认为,现行的法律无法有效地纠正分期付款买卖中的弊病,借助立法来适当限制分期付款交易是非常必要的。不过,分期付款交易对于国民经济和群众生活具有重大意义,因此,对权利滥用行为的立法干预要非常审慎,不能以丧失分期付款交易的活力为代价。不过,究竟怎样才能取得理想的法律效果,人们之间争论颇大。

如前文所述,分期付款买卖合同中,约定所有权保留和失权条款是出卖人滥用权利的主要手段,对分期付款法草案的后续讨论也集中在该问题上。约定所有权保留是分期付款交易得以成立的重要基础,所以法律不应当否认约定的有效性。在未能按时支付价款的情况下,失权条款会导致买受人同时失去标的物 and 已经支付的价款,这显然是有违公平的,法律必须加以限制。因买受人不履行合同义务导致合同解除时,出卖人可以取回标的物,买受人则可以要求返还已经支付的价款;法律必须将之设置为强行性规范,不容当事人做出相反的约定。此外,对于包装成租赁合同的分期付款买卖,法律无需加以专门禁止,因为前述的强制性规定可以适用于其它以分期付款买卖为目的的合同。^[3]真正引起争议的,合同解除后出卖人享有何种求偿的权利。对此,存在着两种不同的观点,分别被称为“损失理论”和“清算理论”。根据“损失理论”,买受人有义务向出卖人支付标的物的价值减损,即物品原价和当前价格的差值,当前价格应当通过公开拍

卖确定。根据“清算理论”,买受人仅有权因标的物的使用和折旧而请求补偿,具体的数额应当由法官加以确定。相较而言,“损失理论”在实践中易于操作,而“清算理论”对于买受人更加有利,操作起来却更加困难。不过,1894年《德国分期付款法》还是选择了更有利于买受人的“清算理论”。^[4]

较之于《分期付款法》的内容,本文更看中德国政府对立法方式的选择。1890年,帝国内务局以各地商会和企业对分期付款行为的申诉和请愿为契机,征求各邦政府对于分期付款立法的意见。尽管不少邦政府主张通过行政管理措施来限制分期付款交易中商家滥用权利的行为,但是帝国内务局坚持认为,只有借助民事立法才能消除分期付款合同中“约定所有权保留”和“失权条款”的问题,立法草案应当交由帝国司法局来完成。由于民法典草案的修改工作正在筹备之中,帝国司法局考虑过是否要把分期付款行为纳入到民法典中加以调整。不过,在帝国内务局的再三请求下,帝国司法局最终决定用一部特别立法来处理分期付款交易,并于1890年底完成了分期付款法的草案大纲。在民法典第二委员会的讨论过程中,仍然存在将分期付款行为交由民法典调整的建议,但是考虑到用特别立法来处理分期付款的立法思路已经确定下来,上述建议没有得到采纳。之后,分期付款法草案相继被提交给联邦参议院和帝国国会审议,在帝国国会第九委员会的讨论中,彼得·斯潘再次提出把草案第1条的规定加入到未来的民法典之中,但是没有得到太多的响应。最终,分期付款法于1894年4月13日获得表决通过,于1894年6月4日正式生效。^[5]可见,尽管私法领域对社会政策问题秉持一种开放的态度,民法典本身却不适合作为解决现实经济、社

[1] Werner Schubert, Das Abzahlungsgesetz von 1894 als Beispiel für das Verhältnis von Sozialpolitik und Privatrecht in der Regierungszeit des Reichskanzlers von Caprivi, ZRG GA 102 (1985), S. Ibid, S. 144ff.

[2] Michael John, The Peculiarities of the German State: Bourgeois Law and Society in the Imperial Era, Past & Present, no. 119 (1988): 113f.

[3] Werner Schubert, Das Abzahlungsgesetz von 1894, S. 146ff.

[4] Ibid, S. 164f.

[5] Ibid, S. 134ff.

会问题的工具，分期付款交易等新兴民事领域的法律调整，应当交由特别立法来完成。

（三）房屋建筑商的法定优先权

在民法典制定期间，对于房屋建筑商的保护，是另一项引起公众广泛关注的民法争议。在19世纪八九十年代，德国柏林以及其他大城市的房地产投机活动非常猖獗，与此同时，地产开发商破产的情况也非常普遍。当地产商无力支付欠款时，债权人便会申请强制拍卖地产，拍卖所得的价款往往不足以偿付所有负债。在这种情况下，没有抵押或抵押顺位靠后的债权人往往就得不到偿还。那些承担后期建造工作的建筑商，如玻璃工、木工和锁匠等，其介入工程的时间比较晚，抵押权顺位也比较靠后，所以遭受的损失最为严重。据统计，在1894到1898年间，柏林的建筑商在强制拍卖中的损失多达210万马克，此外，马尔堡、什叶青、德累斯顿、曼海姆和杜塞尔多夫等地的损失也多达百万。^[1]从1881年开始，德国的建筑商便通过手工业协会和企业联合会等组织向政府请愿，希望国家为建筑工程的债权人规定一项法定优先权：当地产开发商无力支付工程款时，建筑商可以从强制拍卖所得的价款中优先受偿，不必受到抵押权顺位的限制。

尽管德国建筑商公会等组织请求在民法典中规定建筑商的优先受偿权，但是民法典草案并没有涉及到对建筑商的保护，这遭到了建筑商群体和贝尔、基尔克等法学家的强烈指责。对于是否要对建筑商加以保护，政府内部存在着两种不同的意见。第一种意见支持对建筑商的保护，以担任过帝国司法局长官的罗伯特·博赛为代表。博赛在1892年2月接见了建筑商群体的代表，他表达了对于建筑商所处困境的理解和同情并表示自己会尽力帮助他们。第二种意见认为，建筑商的困难被夸大了，无需对之加以特殊保护。普鲁士司法部长谢林就认为，建筑商的损失是由于他们在订立合同时不够小心谨慎造成的，法律无需保护合同当事人免受交易风险所造成的损失。此外，建筑商的法定优先受偿权乃是以牺牲其他地产抵押权人的利益为代价，这将威胁到整个房地产领域的信贷融资。^[2]

在民法典第二委员会的讨论过程中，尽管一直有人提出要保障建筑商的工程款，赋予其法定的优先受偿权，但是这种建议始终没有赢得多数人的支持。最终，民法典第二草案规定了建筑承揽人的保全抵押权，这已经是民法典所能提供的最大程度的

保护。随后，联邦参议院法律委员会对草案进行了审议，来自巴伐利亚、符滕堡和汉堡等地的委员均认为，保障建筑商的工程款得到有效清偿不属于民法典解决的事项。在帝国国会第十二委员会中，来自中央党的代表格罗贝尔针对建设工程合同提出了两项建议：一项建议要求扩大保全抵押权的主体，只要是参与施工建设和运输建筑材料的人员，都可以申请保全抵押；另一项建议则要求，在地产强制拍卖中，建筑债权人可以就地产增值的部分获得优先受偿。普朗克、斯特拉克曼和雅克布茨坚决地否定了格罗贝尔的建议，认为这些建议是不可能的，会对地产产业的信用体系造成严重的打击。因此，另一名中央党代表巴赫姆主张：只有借助特别立法，才能为该问题找到一个令人满意的解决方案。^[3]德国政治和经济形势的变化为解决建筑商的困境提供了转机。在政治方面，民族自由党加入到中央党和保守党的阵营，三者共同呼吁，要求政府出台法律，赋予建筑商优先受偿权，以保护社会中产阶级的利益。在经济方面，房地产投机现象仍然大量存在，建筑商在地产强制拍卖中仍然遭受着巨大的损失，以致于当时的媒体做出了极为悲观的预言：如果不能对建筑者提供法律保护，恐怕整个建筑行业要迎来毁灭性的打击。直到1909年，德国政府通过了保障建设工程款的专门立法。^[4]

总的来说，民法典乃是19世纪末期德国政府最为重要的立法活动，这也导致大量的社会现实问题被纳入到民法典的讨论中。众多的利益团体和不同的社会阶层都试图借助民法典来解决自身面临的困境。对于劳工保护、分期付款和建筑商的优先受偿等争议较大的社会政策性问题，德国的立法者不愿将它们规定到民法典之中，而是选择用特别立法

[1] Hans-Peter Benöhr, Das Gesetz als Instrument zur Lösung sozialpolitischer Konflikte: Das Beispiel des Bauforderungssicherungsgesetzes von 1909, ZRG GA 95 (1978), S. 221f.

[2] Michael John, The Peculiarities of the German State, p. 115f.

[3] Horst Jakobs und Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 3, § 641, 647, 648, Walter de Gruyter, 1980, S. 877ff.

[4] "Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Vom 1. Juni 1909."

的方式来加以处理。这种“双轨制”的立法思路避免了把民法典作为不同利益集团相互博弈的战场,有助于民法典的顺利通过,又借助较为灵活的特别立法来处理争议较大的经济、社会问题,以满足现实的需求。故而,民法典与特别立法之间存在紧密的联系,两者都是立法实践的重要组成部分,它们共同构成了19世纪末德国的整体法律秩序。

四、整体法律秩序观:“双轨制”模式的再发现

(一)《德国民法典》——“古典自由主义的晚生子”

尽管《德国民法典》以其高超的立法技术闻名于世界,为许多国家争相效仿,但是在德国本土,这部法典却没有赢得人们的好感。^[1]20世纪的许多法学家在很大程度上继承了基尔克等人对民法典的批判。^[2]其中影响力最大的无疑是弗朗茨·维亚克尔的论断:《德国民法典》乃是潘德克顿法学和古典自由主义的晚生子。1953年,维亚克尔在卡尔斯鲁厄做了题为“古典私法典的社会模式与现代社会的发展”的著名演说。他在演说中提出了“社会模式”的理念:“所谓‘社会模式’,是关于社会的观念,旨在为实施与适用法律的实践活动提供视角或定位。”^[3]《德国民法典》背后体现的社会模式,是以社会中“有产市民”阶级的篡权为基础的。这种社会模式,使得“有产市民”成为国家法律秩序的主要代表,通过私法的法典化,创造了以合同自由、物权自由和遗嘱自由为基本原则的私法秩序。在此基础上,维亚克尔认为,19世纪末的《德国民法典》和19世纪初的《法国民法典》都是把市民阶级和个人营业者作为主要的社会形象。因此,这两部法典在基本精神上没有本质差别,都反映了古典自由主义的社会模式。19世纪末的德国经济和社会都处在转型之中,“有产市民”已经不足以代表多元化的国民形象。立法者却完全没有感知到社会发展的趋势,制定出一部贯彻了形式自由的民法典,单方面地维护市民阶级的利益,完全忽视了私法的社会任务。^[4]可以说,《德国民法典》在尚未生效之前,就已经过时了。

维亚克尔对《德国民法典》的评价不仅是德国法学界的主流观点,而且也被我国学界普广泛援引和接受。^[5]那么,维亚克尔是如何论证其观点的

呢?首先,《德国民法典》的305条规定了债法上的契约自由,903条规定了所有权自由,特别是土地所有权的自由流转,1937条规定了遗嘱自由。这三项基本原则,使得民众得以自由地塑造彼此之间的法律关系,构成了商人、中小企业主等市民阶级得以自由发展的重要前提。然而,对于当时社会上的其他阶级和职业群体来说,如大地主、传统的手工业者、农民以及随着工业革命而产生的大量工薪阶级等,私法领域的意思自治却不会带来太大的好处,反倒有可能对其生活状况带来严重的威胁。其次,除了从正面确认契约自由、所有权自由和遗嘱自由外,《德国民法典》的主要缺陷是对实质伦理规范的漠视和拒绝。民法典第138条的第2款对暴利行为的限制,只是认可了主观的暴利概念,并未规定正当价格(justum pretium)、非常损失(laesio enormis)以及最高利息(Zinsmaximum)等客观的标准。此外,一般性的情势变更原则(clausula rebus sic stantibus)也没有得到承认,仅仅在第321条和610条中被规定为例外情形。一言以蔽之,《德国民法典》缺乏对实质私法伦理的考量。再次,尽管《德国民法典》中被加入了“几滴社会主义的油”,但是这些社会性因素只是零散地分布在法典的条文之中,其缺乏统一的来源。第138条对于暴利行为的禁止,第343条对违约金数额的酌情减低,体现

[1] [德]莱因哈德·齐默曼:《德国新债法:历史与比较的视角》,韩光明译,法律出版社2012年版,第46页以下。

[2] 在20世纪上半叶,比较有代表性的批评者是黑德曼和拉德布鲁赫。Vgl. Tilman Repgen, Die soziale Aufgabe des Privates, S. 509-517.

[3] [德]赖因哈德·辛格:《转变中的〈德国民法典〉社会模式与反歧视保护》,张双根译,载张谷等主编:《中德私法研究》第9卷,北京大学出版社2013年版,第59页。

[4] Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt am Main 1974, S10ff.

[5] 苏永钦:《现代民法典的体系定位与建构规则——为中国大陆的民法典工程进一言》,载《交大法学》2010年第1卷,第81页以下;谢鸿飞:《法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社2012年版,第185页。

了自由主义对于经济竞争的游戏规则的规整。“蜜蜂法”(Bienenrecht)以及动物瑕疵担保责任等规定,则是在农业团体的推动下产生的,体现了特定职业阶层的利益。在房屋租赁法中,对处于弱势的承租人的保护需求,在最低限度上得到了认可。在雇佣合同法中,616-619条的规定体现了对于工人利益的维护,这些进步的保护性规定却流露出父权式的照顾。总的来说,立法者并没有让私法承担起真正的社会任务。最后,无论是封建保守的贵族私法特权、公法对土地所有权的限制、保护农民和促进农业的举措,还是《工厂法》对手工业和劳动工人的保护、俾斯麦推动的社会保险立法;在维亚克尔看来,《民法典施行法》规定的法律保留和特别立法的内容,乃是法律统一和自由主义的损失清单,它们使得自由主义的社会模式难以完全实现。无论如何,《德国民法典》必须被视为传统市民阶级所取得的最后一次胜利,尽管是“皮洛士式的胜利”。^[1]

维亚克尔试图把私法法典化和特定的社会模式联系起来,这显然是受到了马克斯·韦伯的“理想类型”的影响。^[2]不过,这种研究进路本身就是值得怀疑的。正如前文所述,在19世纪末期的德国,民法典决不能揭示法秩序的全貌,民法典之外的特别立法也是整体法律秩序的重要组成部分。维亚克尔的论证恰恰忽视了特别立法的重要意义,也根本没有注意到民法典与特别立法之间的合理分工。因此,他才会不加区分地把封建保守性质的贵族特权法和社会革新性质的社会政策立法归入到《德国民法典》的对立面,将之视为贯彻自由主义社会模式的现实阻力。此外,在维亚克尔眼中,两个民法典委员会的绝大部分成员都是高等法官或部级官员,他们深受潘德克顿法学的影响,缺乏对于社会现实的观照。全程参与了民法典制定工作的普朗克,对民法典编纂委员会的重大影响得到了认可,然而,普朗克只是“彻头彻尾的好实务家,并非天生的理论家”。^[3]由此可见,维亚克尔对《德国民法典》立法者的消极评价也局限了他的视野,使之难以看到当时的立法实践所遵循的“双轨制”立法模式。

(二)《德国民法典》的形象变迁

20世纪七八十年代以来,德国学者从19世纪末的总体立法状况出发,对《德国民法典》反映了古典自由主义社会模式的论断提出质疑。汉斯-皮特·伯诺尔考察了民法典制定期间由社会政策所推动的大量立法,其中《工厂法》、高利贷法、证券

交易法以及分期付款法与私法领域关系最密切。在伯诺尔看来:“《德国民法典》不应当被孤立看待,它和特别立法都应当被视为整体法律秩序的一部分;特别立法负担着为民法典减负的使命,那些政治分歧比较大的问题应当交由特别立法来调整。”^[4]维尔纳·舒伯特也反复强调,对于《德国民法典》的评价不能脱离当时德国的整体法律环境:“必须注意到,《德国民法典》从未主张过,要完整地反映当时的法律状况,民法典的制定者已经意识到,重要的社会政策问题应当留给特别立法。”^[5]罗尔夫·施蒂尔纳也指出,德国私法乃是建立在两根支柱之上,《德国民法典》只是其中之一,民法典之外的特别立法和附属立法建立起一个次级私法秩序。制定民法典时,立法者选择将社会上争议较大的问题交给特别立法解决,是一种“明智的自我克制”。^[6]约阿希姆·吕克特更是整体法律秩序观的坚定支持者。面对社会现实中存在的贫富差距和强弱不均,民法典选择与救助性、保护性的特别立法分工协作,共同解决社会中存在的问题。“如果对于民法典与特别私法及相关公法之间有意识的分工视而不见,这将是非历史的,有失公允的。”^[7]

[1] 苏永钦:《现代民法典的体系定位与建构规则——为中国大陆的民法典工程进一言》,载《交大法学》2010年第1卷,第81页以下;谢鸿飞:《法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社2012年版,第185页。Ibid, 15ff.

[2] [德]托马斯·杜斐:《欧洲法律史导论》,李富鹏等译,高仰光校,商务印书馆2019年版,第88页及下页。

[3] [德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史(下)》,上海三联书店2006年版,第454页以下。

[4] Hans-Peter Benöhr, Das Gesetz als Instrument zur Lösung sozialpolitischer Konflikte, S. 228.

[5] Werner. Schubert, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Version 22. 10. 2019, 17: 30 Uhr, in: Staatslexikon8 online, URL: [https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/B%C3%BCrgerliches_Gesetzbuch_\(BGB\)](https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/B%C3%BCrgerliches_Gesetzbuch_(BGB)) (abgerufen: 16.12.2019).

[6] Rolf Stürner, Der Hundertste Geburtstag Des BGB, S. 742f.

[7] Joachim Rückert, Das Bürgerliche Gesetzbuch, S. 751.

除了批评维亚克尔忽视了民法典与特别立法的分工以外,维亚克尔认为《德国民法典》只注重形式自由,忽视实质伦理规范的观点,同样遭到了越来越多的挑战。为了表明《德国民法典》追求的只是有产市民阶级的自由,维亚克尔做了两方面的论证:首先,《德国民法典》没有给自由设定清晰的边界,放弃了正当价格、非常损失和最高利息等客观规定;其次,《德国民法典》采纳的社会性因素寥寥无几,未能完成私法的社会任务。不过,维亚克尔只是停留在民法典的文本层面,没有充分地掌握《德国民法典》的立法资料,也没有深入地考察民法典编纂委员会的讨论过程。从1873年到1896年,《德国民法典》的制定历经20余年,留下了大量的立法资料,但是,包括第一委员会讨论记录在内的立法资料并没有向社会公布,从1978年到2002年,霍尔斯特·雅克布斯和维尔纳·舒伯特两位教授系统地整理了民法典的立法资料并将之陆续出版,才使得人们可以掌握民法典每个条文的来龙去脉。^[1]民法典全部立法资料的公开,极大地推动了对民法典立法史的研究深度,也更新了人们对于《德国民法典》的评价。

首先,19世纪德国境内封建秩序的残余是潘德克顿法学强调“自由”的重要背景,但是“自由”从未被理解为不受限制的主观权利。哈佛坎普和法尔克的研究表明,像普赫塔和温德沙伊德等人也会考虑到公益对个人权利的制约。^[2]以雇主的保护义务为例,第一委员会的讨论中已经提到:如果因

为雇主的过错,例如“用来完成工作的工具存在缺陷或者按规定用来保护工人的设备存在缺陷”,从而导致雇员遭受损害的,那么即使是轻过失,雇主也要承担损害赔偿赔偿责任,只不过没有必要在民法典中对此做出明示的规定。这种观点与当时法院的实践是一致的:在1882—1888年间三个有关人身损害的案件中,帝国法院支持了工人或职员向铁路企业提起的诉讼请求,从而确立了雇主应采取有效保护措施的义务。^[3]其次,传统观点认为,第二委员会没有对民法典草案做出实质性的修改,因此,对草案的批评同样适用于《德国民法典》本身。^[4]然而,维尔纳·舒伯特和汉斯·舒尔特·诺尔克却认为,当时的人们主要是在批评民法典草案,在草案的修改过程中,很多改进意见得到了采纳,甚至可以说,《德国民法典》是“第一部现代性的受到立法政策影响的法典”。^[5]此外,蒂尔曼·雷普根对于“私法的社会任务”进行了细致地历史讨论,归纳出民法典编纂语境下“社会性”的四种意涵,以试图澄清《德国民法典》中到底加入了多少“社会主义的油”。^[6]他的研究表明:“《德国民法典》在很大程度上已经考虑到了那个时代私法的社会任务,没有单方面地偏袒有产市民阶级。”^[7]

上述的研究成果从不同的侧面质疑了维亚克尔的观点,以此为基础,约阿希姆·吕克特全面的否定了“古典自由主义晚生子”的说法,塑造了《德国民法典》的全新形象。^[8]《德国民法典》是一部自由主义式的法典,它代表了有产市民阶级的自

[1] 有关《德国民法典》立法资料的简要介绍,参见[德]罗士安:《〈德国民法典〉:立法过程与立法资料》,张双根译,载张双根等主编:《中德私法研究》第2卷,北京大学出版社2006年版,第82—84页。

[2] Vgl. Ulrich Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid: Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjuris -prudenzen, 2. Aufl., Klostermann, 1999; Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die “Begriffsjuris -prudenzen”, Klostermann, 2004.

[3] Hans-Peter Benöhr, Fast vier Tropfen sozialen Öls: Zum Arbeitsrecht im BGB, in: FS Karl Kroeschell, S. 24f.

[4] 陈卫佐:《德国民法典编纂的组织方式》,载《比较法研究》2015年第3期,第19页。

[5] Werner Schubert, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB); Hans Schulte-Nölke, Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in NJW (1996), S. 1705—1710.

[6] Tilman Repgen, Die soziale Aufgabe des Privates, S. 50—122. 雷普根归纳了19世纪末“社会”概念的四种类型,分别是“团体思想”“弱者保护”“社会自由”和“社会自由均衡”,这四种含义并非是互斥的。换言之,同一作者可能在多重含义上适用“社会”这个概念。

[7] Tilman Repgen, Bürgerliche Gesetzbuch, S. 759.

[8] Joachim Rückert, Das Bürgerliche Gesetzbuch, S. 749ff. Siehe auch, Joachim Rückert, Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK, Band I, vor § 1, Rn. 91ff.

由, 忽视了私法的社会任务; 这是长期以来人们对于《德国民法典》的固有印象。然而, 这种广为人知的历史叙事不是历史的真实, 而是人为塑造的, 它源自于几个著名的法学家以及他们的著作: 弗朗茨·维亚克尔的《近代私法史》、卡尔·拉伦茨的《法学方法论》、古斯塔夫·伯默尔的《民法秩序的基础》和康拉德·茨威格特撰写的《比较法总论》。然而, 20 世纪 80 年代以来的研究已经逐步推翻了这种虚构的历史图景, 讲述了一段不同的历史: 私法自治乃是民法典赖以存在的前提, 《德国民法典》追求的不是有产市民阶级的自由, 而是追求所有私法主体共同享有的、平等的法律自由; 面对社会现实中存在的贫富差距和强弱不均, 《德国民法典》没有为了自由而放弃公平, 而是在时代变革和社会发展中, 致力于兼顾自由和平等; 在整体法律秩序下, 当特定的领域中缺失了平等的法律自由, 保护性的特别私法将起到补充作用, 民法典与特别立法的分工协作, 以实现所有民事主体平等地法律交往。^[1]因此, 作为一部以平等的法律自由为原则的法典, 《德国民法典》是一部缺少机会的立法, 直到 1960 年左右, 适合民法典的社会经济秩序才建立起来。从这个角度看, 《德国民法典》不是“古典自由主义的晚生子”, 而是平等自由社会的早产儿。^[2]

不过, 过分强调《德国民法典》与现代社会的高度契合, 难免会陷入另一个极端。1896 年《德国民法典》中婚姻家庭法的规定体现了对于家父权的维护, 妻子在家庭生活中居于从属地位, 非婚生子女在法律上受到歧视, 这些内容都不符合现代性的家庭理念和德国《基本法》的要求。因此, 20 世纪

下半叶, 德国政府对家庭法进行了全面改革, 以实现男女平等, 婚生和非婚生子女的平等。^[3]即使只关注债和物权等财产法领域, 《德国民法典》也绝非尽善尽美。一些规定没有坚持平等的法律自由原则, 而是对特定的阶层加以优待, 例如, “蜜蜂法”(第 961 条以下)便是为了满足农业团体的诉求, 这种“决疑论式”的具体规定和整个法典的风格完全不相符。^[4]此外, 法院判决和民法学说在法律续造方面发挥了重要的作用, 发展出一般人格权、缔约过失责任等诸多理论。^[5]这表明, 无论是“晚生子”还是“早产儿”, 任何高度概括的《德国民法典》形象都会面临失真的风险。

五、“双轨制”立法模式的启示

在《德国民法典》制定过程中, 围绕着民法典与特别私法的关系, 基尔克和普朗克提出了两种对立的法典编纂思路。最终, 德国政府选择了普朗克主张的“双轨制”立法模式。不过, 在整个 20 世纪, 以维亚克尔为代表的学者重申了基尔克对《德国民法典》的批评, 将《德国民法典》贬低为古典自由主义和潘德克顿法学的晚生子。这表明, 立法者的政治决断并不能消除学术争论。在我国民法典制定期间, 也存在着两种对立的法典编纂思路: “小民法典”思路 and “大民法典”思路。第一种思路坚持把民法典作为区分民事一般法和特别法的标准, 制定一部小而美的民法典。^[6]第二种则试图把劳动合同法、知识产权法等内容纳入到民法典中, 制定一部大而全的民法典。^[7]刚刚出台的民法典采纳了“小民法典”的编纂思路, 诸如劳动合同法、

[1] Joachim Rückert, Das Bürgerliche Gesetzbuch, S. 749ff. Siehe auch, Joachim Rückert, Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK, Band I, vor § 1, Rn. 91ff. Ibid, S. 750-752.

[2] Ibid, S. 758ff.

[3] Karl Kroeschell, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, Göttingen 1992, S. 221ff.

[4] 谢鸿飞: 《民法典的外部体系效益及其扩张》, 北京大学出版社 2012 年版, 第 39 页。

[5] 弗朗茨·维亚克尔: 《近代私法史(下)》, 上海三联书店 2006 年版, 第 495 页以下。

[6] 王利明: 《民法典编纂与中国民法学体系的发展》, 载《法学家》2019 年第 3 期; 孙宪忠: 《当前我国民法典分则编纂的几点思考》, 载《华东政法大学学报》2019 年第 5 期。

[7] 易继明: 《历史视域中的私法统一与民法典的未来》, 载《中国社会科学》2014 年第 5 期。此外, 在知识产权法、劳动法和消费者保护法等领域, 不少学者也呼吁将之纳入民法典, 参见刘春田: 《我国〈民法典〉设立知识产权编的合理性》, 载《知识产权》2018 年第 9 期; 谢增毅: 《民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则》, 载《中国法学》2016 年第 4 期; 苏号朋: 《民法典编纂与消费者保护——以德国债法改革为参照》, 载《法学杂志》2015 年第 10 期。

消费者保护法等特别法的内容被排除在民法典之外。但是,支持“大民法典”思路的学者仍可以从理论的角度出发,对民法典展开批评:为了体现时代性,只有把劳动合同法、知识产权法等特别法纳入到民法典中,才能保持民法典对社会生活的开放性,使之成为经济生活和社会生活的一般法。^[1]“将那些与传统法理相容而又较为稳定的内容纳入民法典,而将其他内容排斥在民法典之外,并通过单行法加以规范,但这种失去了包容性的民法典也将失去对社会生活的普遍关怀,也就失去了作为私法一般法的意义;而随着知识经济影响进一步深入,民法典也将偏安一隅,最终失去自己。”^[2]

无疑,这种批评具有其合理之处。不过,如果民法典对于社会生活采取亦步亦趋的跟随态度,那么民法典如何保持自身体系的稳定性呢?以《德国民法典》为例,基尔克希望把一子继承制、仆役法等现实制度加入到民法典之中,这些法律规定确实符合当时社会生活的需求,但很快便被时代所淘汰。如果这些特别法真的被纳入到民法典中,那么1896年《德国民法典》根本无法经受住时间的考验,适应社会的发展变化。以今日的眼光看来,基尔克对民法典草案提出的修改意见是不合时宜的,但是,他对社会和法律发展的趋势却极富洞察力:如果民法典和特别立法贯彻了不同的精神和原则,那么民法典何以成为整个私法秩序的基础呢?20世纪后半叶以来,为应对经济发展和社会变迁,大量的特别立法涌现出来,这些特别立法大都是为了满足社会政策的需要,在很大程度上背离了民法典的基本原则。按照特别法优于一般法的原则,特别立法的规定在司法过程中将得到优先适用,这大大蚕食了民法典的适用领域。更为致命的是,当民法典之外的特别立法在各自的领域中发展出一般原

则,那么这些特别立法就不能被简单地视为民法典的例外,而是构建出一个独立于民法典的“小的法律规范体系”。换言之,民法典不再是私人生活领域的一般法,只是发挥着“剩余法”的功能。因此,伊尔蒂才会提出“解法典时代”的到来:“我们的时代不是一个适合进行新的法典编纂的时代,也不是一个进行改变现行法典的结构和功能的一般改革的时代。”^[3]

伊尔蒂反对法典编纂的悲观论调遭到了诸多的批评和反驳,坚持民法典在整个私法秩序中的核心地位仍然是主流的观点,因为即使特别立法的数量众多,它们仍然是服务于民法典的,犹如众星拱月一般。^[4]不过,消费者保护法、劳动合同法等特别私法对民法典理念的冲击作用却不容忽视,这些特别立法以保护弱者为价值追求,旨在实现特定的社会政策目标,似乎背离了私法的一般原则。目前,试图把全部私法规范纳入民法典,构建无漏洞的完美立法,已经被证明是梦幻泡影。^[5]现代民法典的价值主要体现为一种体系化的追求,也就是把私法素材整理成一个由法律规则和法律制度构成的逻辑融洽的整体。^[6]这种规范和制度的逻辑一致性,不仅仅要适用于民法典内部,还应当适用于民法典与特别私法之间的关系。为此,需要在观念层面上重构民法典与消费者保护法等政策型立法的关系。^[7]在现代社会中,所有法律主体在私法领域内都应享有法律上的平等和自由。如果在特定的生活领域中,法律上的平等和自由得以成立的社会基础不复存在,消费者保护法和劳动合同法等补充性的特别立法就有其存在的必要。^[8]这些特别立法不是直接为社会上的弱者提供父权式的确定保护,而是为自由的法律交往创造条件,因此,它们不是破坏了私法自治,而是维护了法律上的平等和自由。

[1] 易继明:《历史视域中的私法统一与民法典的未来》,载《中国社会科学》2014年第5期,第138页以下。

[2] 易继明:《民法法典化及其限制》,载《中外法学》2002年第4期,第450页。

[3] [意]那塔利诺·伊尔蒂:《解法典的时代》,第105页。

[4] 张俊浩:《民法典的必要性》,载张礼洪、高富平主编:《民法法典化、解法典化和反法典化》,中国政法大学出版社2008年版,第26页。此外,有学者用“卫星法”的比喻表达了类似的观点,苏永钦:《现代民法典的体系定位与建构规则》,载《交大法学》2010年第1卷,第64-67页。

[5] [德]卡斯滕·施密特:《法典化理念的未來——现行法典下的司法、法学和立法》,温大军译,载《北航法律评论》2012年第1辑,第41页以下。

[6] Reinhard Zimmermann, “Codification: history and present significance of an idea”, pp. 109-111.

[7] 针对民法典与特别私法的关系,谢鸿飞教授提出的“新民事自然法”正是向这个方向努力的成果。参见谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,第103页以下。

[8] Joachim Rückert, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK, Band III, vor § 611, Rn. 46.