



中德私法 研究 18

民法规范与法学方法

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江平 王泽鉴
主 编 王洪亮 田士永 张双根 张 谷 朱庆育



本期主题

民法规范与法学方法

主题报告

民法典的规范配置

主题文献

立法的艺术

私法中的选择模式

规范的可类推性——对例外规定和确权规范的方法论研究

“不会更轻松，但更迷人。”——马克斯·卡泽尔的方法论遗产

恩斯特·齐特儿曼 著 吴香香 译

格雷戈尔·巴赫曼 著 柯勇敏 译

马库斯·乌尔丁格 著 孙 文 译

罗尔夫·克努特尔 著 钟 昊 译

专家专稿

怎样做好比较法研究

论合意成约：重构合同法上的合意制度——合同成立的一般理论

约翰·C. 赖茨 著 季若望 译

王 琦

评注专栏

《欧洲共同买卖法（草案）》第159—165条评注

《民法总则》第87条评注

达姆杨·莫齐纳 著 姚明斌 译

金锦萍

私法教室

误发的表示

笨重物件的灭失

尤科·弗里茨舍 著 张传奇 译

尤科·弗里茨舍 著 赵文杰 译

立法数据

欧盟新公司法指令立法理由书

2017年欧盟新公司法指令评述

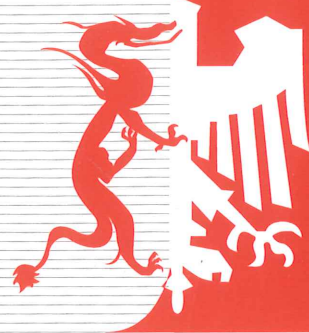
张学哲 译

张学哲



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht



元照系列

Hauptthema: Zivilrechtliche Normen und juristische Methodenlehre

■ Referate

Die Normkategorien des Zivilgesetzbuchs

■ Schriften über das Hauptthema

Die Kunst der Gesetzgebung

Ernst Zitelmann, übersetzt von Xiangxiang Wu

Optionsmodelle im Privatrecht

Gregor Bachmann, übersetzt von Yongmin Ke

Die Analogiefähigkeit von Normen

Markus Würdinger, übersetzt von Wen Sun

„Nicht leichter, aber um so reizvoller“ – Zum methodischen Vermächtnis Max Kasers

Rolf Knütel, übersetzt von Hao Zhong

■ Abhandlungen

How To Do Comparative Law

John. C. Reitz, übersetzt von Ruowang Ji

Das Zustandekommen des Vertrags durch Konsens – Rekonstruktion des vertragsrechtlichen Konsensprinzips

Qi Wang

■ Kommentar

Kommentar zu §§ 159-165 GEKR

Damjan Možina, übersetzt von Mingbin Yao

Kommentar zum § 87 AT des Zivilrechts

Jinping Jin

■ Juristische Schulung

Erklärung auf Abwegen

Jörg Fritzsche, übersetzt von Chuanqi Zhang

Untergang eines sperrigen Gegenstands

Jörg Fritzsche, übersetzt von Wenjie Zhao

■ Gesetzgebung

Begründung zur EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts

übersetzt von Xuezhe Zhang

Anmerkung zur EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts

Xuezhe Zhang



“燕大元照法律图书”
微信公众号



“北京大学出版社”
微信公众号

ISBN 978-7-301-30972-8



9 787301 309728 >

定价: 58.00元

主编简介

王洪亮，德国弗莱堡大学法学博士，清华大学法学院教授。德国洪堡总理奖学金获得者。清华大学法学院房地产法律与政策研究中心执行主任，中国民法学会理事。主要研究领域为合同法、物权法、房地产法、金融担保法律问题。

田士永，法学博士，中国政法大学教授。1999年10月至2001年8月在德国波恩大学学习。主要研究领域为民法、德国私法。

张双根，德国柏林洪堡大学法学博士，北京大学法学院副教授。主要研究领域为民法、商法、德国私法。

张谷，中国人民大学法学博士，北京大学法学院博士后，浙江大学光华法学院教授。主要研究领域为契约法、商法、公司法。

朱庆育，中国政法大学法学博士，南京大学法学院教授，德国马克斯-普朗克外国私法与国际私法研究所访问学者。主要研究领域为民法、法学方法论、德国近现代民法史、法律哲学。

编辑说明

就这本似刊非刊的小书，我们在此说明一些立场：

我们的宗旨是什么？增益学术，并仅止于学术研究。至于我们所研究的，能否经邦济世，则非这本小书所能承担；至于我们所译介的，能否为他人所倾听，亦非我们所能左右。我们所能努力的，是奉献我们的认真思考。

我们研究什么？私法。无论是民是商，凡属私人生活中洒扫应对上的一切规则与方法，都是我们研究的对象。

我们怎么研究？以德语法系私法制度译介与研究为出发点，以中文世界私法制度的构建为落脚点。我们所说的德语法系，不限于德国的私法制度，而是包括奥、瑞以及受其影响的法制；我们所说的私法制度，也不仅限于现有的成规，而是要追溯其渊源，追踪其流变；我们所说的制度，也不限于其实定法上的表现，更要探究其实定法之外的学说与判例；我们所说的中文世界，显然更不限于中国大陆。

职是之故，我们的这本小书，取名《中德私法研究》。

基于这样的宗旨与立场，我们有个共同的心愿，那就是尽量使中文世界的读者吃到原汁原味的德式餐，然后让读者自己去甄别，哪些仅适合自己的味觉但会伤及脾胃，哪些不合味觉却利于脾胃，又有哪些是味觉与脾胃皆宜的。凡怀此心愿的同行，都可以分享这本小书。

清华大学郑裕彤法学发展基金资助

中德私法研究 ⑱

民法规范与法学方法

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问

江 平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米 健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄 立 黄茂荣
(德) Rolf Stürmer (德) Rolf Knütel (德) Thomas Raiser

主 编

王洪亮 田士永 张双根 张 谷 朱庆育

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱庆育 朱 岩 许 兰 许德风
李 昊 杨 继 杨淑文 吴从周 吴香香 沈冠伶 张 谷
张双根 陈卫佐 陈自强 陈聪富 金可可 涂长风 唐 勇
黄 卉 常鹏翱 董一梁 詹森林 蔡明诚
(德) Beate Gsell (德) Sebastian Lohsse (德) Thomas Rüfner

编辑部

主 任：吴香香

成 员：王立栋 陈大创 陈 欢 赵文杰 柯勇敏 唐 勇



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究. 18, 民法规范与法学方法 / 王洪亮等主编. —北京: 北京大学出版社, 2019.12

ISBN 978-7-301-30972-8

I. ①中… II. ①王… III. ①私法—研究—中国 ②私法—研究—德国
IV. ①D923.04 ②D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 277207 号

- 书 名** 中德私法研究(18): 民法规范与法学方法
ZHONG-DE SIFA YANJIU(18); MINFA GUIFAN YU FAXUE FANGFA
- 著作责任者** 王洪亮 田士永 张双根 张 谷 朱庆育 主编
- 责任编辑** 杨玉洁 方尔琦
- 标准书号** ISBN 978-7-301-30972-8
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 010-62117788
- 印 刷 者** 北京虎彩文化传播有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965mm×1300mm 16 开本 20.5 印张 293 千字
2019 年 12 月第 1 版 2019 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价** 58.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

目录

本期主题：民法规范与法学方法

主题 报告

- 3 民法典的规范配置

主题 文献

- 41 立法的艺术 恩斯特·齐特尔曼 著 吴香香 译
- 65 私法中的选择模式 格雷戈尔·巴赫曼 著 柯勇敏 译
- 91 规范的可类推性
——对例外规定和确权规范的方法论研究
马库斯·乌尔丁格 著 孙文 译
- 122 “不会更轻松，但更迷人。”
——马克斯·卡泽尔的方法论遗产
罗尔夫·克努特尔 著 钟昊 译

专家 专稿

- 157 怎样做好比较法研究
约翰·C. 赖茨 著 季若望 译 包美玉 校
- 181 论合意成约：重构合同法上的合意制度
——合同成立的一般理论 王琦

评注
专栏

- 213 《欧洲共同买卖法（草案）》第 159—165 条评注
达姆杨·莫齐纳 著 姚明斌 译
- 237 《民法总则》第 87 条评注
金锦萍

私法
教室

- 267 误发的表示 尤科·弗里茨舍 著 张传奇 译
- 277 笨重物件的灭失 尤科·弗里茨舍 著 赵文杰 译

立法
数据

- 299 欧盟新公司法指令立法理由书 张学哲 译
- 312 2017 年欧盟新公司法指令评述 张学哲

主题报告

民法典的规范配置

时间:2017年10月28日上午

第一阶段:专题报告

主题:中国民法语境下的民法规范论

主持人:王洪亮(清华大学法学院教授)

报告人:王轶(中国人民大学法学院教授)

第二阶段:评议

评议人:

钟瑞栋(暨南大学人文学院教授)

朱庆育(南京大学法学院教授)

第三阶段:自由讨论

王洪亮:

各位老师、同学,非常高兴来到暨南大学参与此次研讨会。第一要感谢瑞栋如大海般的热情,第二要感谢清华大学法学院的申院长克服重重困难亲自参加此次会议,第三要感谢王轶教授给我们带来期待已久的报告——《中国民法语境下的民法规范论》,这也是《中德私法研究》的第25

次专题报告。另外,专题报告后会有两位评议人对报告进行评议。此次报告最终将以专题报告的形式发表在《中德私法研究》上。

首先,让我们欢迎王轶教授为我们做专题报告。

第一阶段:专题报告

王轶:中国民法语境下的民法规范论

谢谢!首先要感谢《中德私法研究》的邀请,其次要感谢钟瑞栋院长周到的安排,还要感谢大家来参加今天的专题讨论。

我想就中国民法语境下的民法规范论涉及的几个问题,简单地谈一下我的想法,作为大家下一步具体沟通和交流的基础。第一部分,我想谈的是,中国民法语境下展开民法规范论讨论的背景是什么?第二部分,我想简单地阐述一下,在我心目中,中国民法语境下的民法规范论是一个怎样的理论图景?第三部分,我会简单回应一下围绕着中国民法语境下民法规范论的讨论所出现的不同意见和想法。

需要表示歉意的是,我没有能够在这次会议之前提供一个完整的书面报告供在座的各位参考,只提供了两篇此前发表的讨论民法规范论的论文:一篇是发表在《清华法学》2017年第2期的《论物权法文本中“不得”的多重语境》,一篇是发表在《比较法研究》2017年第5期的《法律规范类型区分理论的比较与评析》。

1. 中国民法语境下展开民法规范论讨论的背景是什么?

中国民法语境下展开民法规范论的讨论,最初就是在进行统一合同法起草的过程中,围绕着如何妥当设计认定合同行为绝对无效的法律规则展开的。所以,在进行文献梳理的时候,我也注意到,从立法论的角度出发,对这个问题所进行的关注和讨论产生较大理论影响的,就包括中国人民大学王利明老师发表在《政治与法律》1995年第2期的《合同法的重要目标是鼓励交易》一文。王利明老师论文中有这样一段话,“如果合同

法以鼓励交易为重要目标,则首先应从立法上缩小无效合同的范围”,只有“违反法律、法规的禁止性规定和公共道德的合同应被宣告无效”。这已经有对法律规范进行类型区分的清晰认识。还有中国政法大学的王卫国老师发表在《法学研究》1995年第3期的《论合同无效制度》一文。在这篇文章中,王卫国老师也有清晰地对法律规范进行类型区分的问题意识。

当然,围绕着这个问题的更多的讨论是从解释论的角度展开的。1999年3月15日,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)审议通过。从那天开始,如何从解释论的角度出发妥当确定《合同法》第52条,尤其是该条第(五)项的含义,成为了理论界和实务界关注的核心问题。《合同法》第52条第(五)项确立了这样一项规则:违反法律、行政法规强制性规定的合同行为,绝对无效。在理论界和实务界的讨论中,什么是法律、行政法规的强制性规定?依据什么样的标准把法律、行政法规的强制性规定与其他类型的法律规定做一个妥当的区分?那些不属于法律、行政法规强制性规定的法律规定,又有哪些不同的类型?属于法律、行政法规强制性规定的法律规定,又可以用类型化的思考方法做什么样进一步的类型区分?这些都是大家关注的重点。我在《法律规范类型区分理论的比较与评析》一文中专门有一部分内容列举了围绕着这个问题展开讨论的一些代表性著述,其中包括朱庆育教授的《民法总论》以及钟瑞栋教授的博士学位论文等里面的相关讨论。

我本人对民法规范论的关注也是在这种背景下展开的。对此我印象特别深刻的是,1998年,我攻读博士学位的第二年。当时蒙王利明老师和崔建远老师的推荐,我有机会到国家法官学院,在高级人民法院民事法庭庭长的培训班上介绍《合同法》分则,尤其是买卖合同的有关问题。在课间休息的时候,现在江苏省高级人民法院担任审判委员会专职委员的谢国伟法官(当时是江苏省高级人民法院民一庭的副庭长)与我交流说,尽管当时《合同法》还没有正式颁布和施行,但他已经在自己的审判工作中敏锐地感觉到了这个问题。他跟我讨论究竟如何去识别和判断什么样的规定属于法律、行政法规的强制性规定。我在随后撰写的博士学位

论文《论基于法律行为的物权变动》，以及以博士论文为基础出版的《物权变动论》一书中也用一部分篇幅回应了这个问题。

在中国民法语境下展开民法规范论的讨论，大概就是基于这样的背景。

2. 我心目中民法规范论的理论图景

第二部分内容，我想简单介绍一下，我心目中的民法规范论大概是一个什么样的类型区分和体系构造的理论图景。

对民法规范论问题所进行的思考，我是结合《合同法》第 52 条第(五)项的文义来展开的。《合同法》第 52 条第(五)项所规定的，如果用完整的语句来进行表达，应当是这样的内容：当一个合同行为违反了法律或行政法规的规定时，如果该合同行为所违反的法律或者行政法规的规定属于强制性规定的话，该合同行为应当被认定为是绝对无效的合同行为。从语义分析的角度来切入对民法规范论问题的思考，依据该项规定，立法机关给裁判者所课加的区分法律、行政法规的规定是否属于强制性规定的这一司法任务，有一个特定的前提，即仅当该法律、行政法规的规定能够被合同行为违反时，立法机关才要求我们的裁判者去妥当地区分一下，被合同行为所违反的法律、行政法规的规定是否属于《合同法》第 52 条第(五)项所说的强制性规定。这样的分析结论意味着，当法律或者行政法规的规定不是合同行为违反对象的时候，我们的立法者并没有给裁判者课加这样的司法任务——区分法律或者行政法规的规定是否属于强制性规定，也即法律或者行政法规中有不少的法律规定，裁判者在法律适用的过程中并不承担区分其是否属于强制性规定的司法任务。

我举一个让我印象深刻的例子来进行说明。2007 年 3 月 16 日《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)审议通过后，我在参加北京市高级人民法院举办的物权法培训班的时候，北京法院系统的一位法官跟我讨论了一个问题。他认为《物权法》所有权编“相邻关系”这一章的第 86、87、88 条都用了“应当”一词，第 89、90、91 条都用了“不得”一词，所以“相邻关系”这一章有不少强制性规定。我回答时谈道，就这些使用了“应当”或者“不得”词语的法律条文所确立的规则，我们首先需要回答的问题

是,是不是有必要确定它们是否属于法律、行政法规的强制性规定?就以《物权法》第89条为例,该条确立了这样的法律规则:建造建筑物不得违反国家有关工程建设标准,妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。但是我们需要考虑的是,《物权法》第89条是不是合同行为违反的对象,是不是民事行为违反的对象。从文义来讲,《物权法》第89条说得很清楚,即能够违反《物权法》第89条的是建造建筑物的行为。建造建筑物的行为在民事法律事实中,是否属于以意思表示为核心要素的表示行为?在学界,对于这一行为是哪一种具体类型的法律事实可能存在争议,但是《物权法》第30条事实上回答了一个本来不需要立法机关回答的纯粹民法学问题中的解释选择问题。因为该条告诉我们,建造建筑物这样的行为属于事实行为。《物权法》第89条是事实行为违反的对象,而不是合同行为违反的对象。所以当时,我问这位法官:“既然第89条不是民事行为违反的对象,您为什么一定要区分它是否属于《物权法》上的强制性规定呢?”

这位法官思考了一下,进一步提出了一个好问题:如果双方当事人之间订立协议,在协议中约定,允许一方当事人违反国家有关工程建设标准,法律风险自负;然后该方当事人就可以妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照,但是需要给予相邻建筑物的权利人以适当的补偿,这样的协议不违反《物权法》第89条的规定吗?我们不是还得分析一下《物权法》第89条规定究竟是否为强制性规定吗?我随即表达了我的意见和想法。这位法官所举的例子,是双方当事人试图通过订立合同的方式,约定排除《物权法》第89条的适用。但此种约定排除仅具有形式上的意义,事实上《物权法》第89条已经发生了法律调整功能。试想如果没有《物权法》第89条的规定,凭什么违反国家工程建设有关标准,妨碍相邻建筑物通风、采光和日照的人会愿意向相邻建筑物的权利人支付相应的补偿?之所以给对方补偿,就是因为《物权法》第89条事实上已经发挥作用了。这与事实行为引起法律关系的变动,当事人在法律规定业已发生作用的前提下,基于约定做出后续的利益安排,是完全等同的。从这个意义上讲,我认为像《物权法》第89条以及法律、行政法规中那些调整基于民事法律事实中的事件、事实行为、准民事行为所引起的利益关系变动的法律规则,立法

者并没有给裁判者课加区分强制性规定类型的司法识别任务。我把这种规定确立的法律规则对应的法律规范称为“简单规范”。

强调其是“简单规范”，主要是想强调，以《合同法》第52条第(五)项的规定作为讨论民法规范论的出发点，对这些类型的法律规定，裁判者无须承担区分强制性规定类型的司法识别任务。需要裁判者去进行强制性规定类型区分的，是法律、行政法规中调整基于民事行为所引起的利益关系变动的那些法律规定。强调这一点，其实还有一个目的，那就是为了避免包括最高人民法院颁布的司法解释在内的一些值得讨论的价值判断结论。我记得，针对我们今天所看到的最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《城镇房屋租赁合同司法解释》)(法释〔2009〕11号)的第2条和第3条，不少老师在参与司法解释起草研讨会时，都表达了不同的意见和主张。该第2条和第3条规定的是，如果建筑物在建造过程中存在违反法律、行政法规的情形，如出租人未取得建设工程规划许可证或未按照建设工程规划许可证的规定进行建设；或者出租人未经批准或未按照批准内容建设临时建筑，就会影响房屋租赁合同的效力。当然最高人民法院也认为，把这些合同认定为是毫无补救可能的绝对无效的合同不尽妥当，因而规定在一审法庭辩论终结前效力得到补正的，人民法院应当认定合同有效。依我个人的看法，在上述情形中，是建造房屋的行为违反了法律、行政法规的规定，而不是房屋租赁合同违反了法律、行政法规的规定，不宜把建造房屋的行为违反了法律、行政法规的规定直接等同于房屋租赁合同违反了法律、行政法规的规定。建造房屋的行为所违反的那个法律或者行政法规的规定，应当属于无须进行强制性规定类型区分的简单规范。

对于简单规范，并非就无须对其做进一步的分析和研究。如果的确出现了排除简单规范适用的约定，无论是我前面所说的形式上约定排除，事实上并没有约定排除，而只是在简单规范所确定的利益安排方案的基础上做出后续安排，还是真的约定排除了简单规范的适用，我们需要面对的问题是，如何判断该约定的效力。在这个分析的过程中，我们不能根据其约定排除的法律规定是否为强制性规定，来对该约定的效力做出相

应的评价。我们首先需要查看有没有禁止约定排除某项简单规范适用的规定,如果存在禁止约定排除某项简单规范适用的规定,这样的规定就是《合同法》第 52 条第(五)项所说的强制性规定,这个排除简单规范适用的约定就应当被认定为绝对无效。就如《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第 197 条的规定,如果当事人约定排除了普通诉讼时效期间为 3 年的法律规定的适用,这个约定就是绝对无效的约定。该条事实上包含着禁止约定排除的强制性规定。就排除简单规范适用的约定,如果没有禁止约定排除的强制性规定,我们还要分析,约定排除了某项简单规范的适用是否存在损害公共利益的情形。如果存在损害公共利益的情形,那么这个排除简单规范适用的约定,也有可能成为绝对无效的约定。

对于调整民事行为所引起的利益关系变动的法律、行政法规中的规定,我称其为“复杂规范”。复杂规范能够成为合同行为违反的对象。对于复杂规范,我们可以根据其协调的是民事行为引起的何种类型利益关系的变动,对其再做进一步的类型区分。如果民事行为所引起的是同一类型的利益关系的变动,还可以考虑复杂规范采用的协调策略究竟存在着怎样的差异,去做进一步的类型区分。

在这样的背景下,我把复杂规范进一步区分为任意性规范、倡导性规范、授权第三人规范、强制性规范以及混合性规范。我的这种区分标准在以前的论述中已有所表达,在此不再展开。

3. 对一些不同意见和想法的初步回应

第三部分,我想回应一下一些不同的意见和想法。我们都知道,围绕着法律规范的类型区分和体系建构,学术界存在着不同的意见和主张。我如何看待这些不同的意见和主张?说句题外话,每一次看到拉伦茨教授在他的《法学方法论》的扉页上感谢卡纳里斯、莱嫩等常年的讨论伙伴的文字时,我的心中都会有一种莫名的感动。如果没有学术界这些表达不同意见和主张的朋友,我的学术也是不可能进步的。学者就是在回应各种不同意见的过程中,才能完善自己的思考,然后跟学界的朋友一起推动某个领域中问题思考的深化。我对于民法规范论问题的思考,其实也是这样。

我记得《物权法》审议通过后不久,北京航空航天大学法学院的龙卫

球院长在北京航空航天大学举办了一次学术沙龙,让我来谈物权法的规范配置,参加的嘉宾有中国政法大学的王涌教授以及北京大学的葛云松教授等。当时他们提出了不少非常好、非常具有挑战性的问题,也是我在沙龙结束后一直着力思考的问题。我记得王涌教授当时提出,在分析法的传统中,无论是奥斯丁,还是凯尔森、哈特以及后来的拉兹等,他们都有对法律规范进行类型区分的系统论述,问我还有什么必要做不同于他们的法律规范的类型区分?这当然是一个很有智慧的问题。

我在随后的回应中也初步表达了我的意见和想法。我认为,从奥斯丁开始,到凯尔森、哈特以及拉兹,在分析法的传统中,他们的确关注法律规范的类型区分问题。我所关注的民法规范论,其法律规范类型区分和体系建构的结论之所以与他们不一样,原因在于我们做法律规范类型区分的目的是不一样的。关于分析法做类型区分的目的,我拜读了朱庆育教授在《民法总论》一书中所表达的意见和主张,请教了中国政法大学的陈景辉教授以及我们中国人民大学的张龔副教授,我得出这样的结论:在分析法的传统中,他们关注并进行法律规范类型区分的主要目的是,把法律规则或者法律规范与其他类型的社会规则和社会规范区分开来,然后对被称为是“法”的现象进行构成要素的分解、重组和构造,还要回应自然法学以及其他法学流派对分析法的传统所提出的质疑和挑战。而我做法律规范类型区分和体系建构的目的很简单,就是要回答如何妥当判断民事行为,特别是合同行为的效力。目的不一样,法律规范类型区分的结论也不会一样。就像如果是出于安排宿舍的目的,我们可能会把同学区分为男同学和女同学;而如果是服务于谁有投票权去选人民代表大会代表的目的,我们会把同学区分为未满18周岁和18周岁以上的。所以,所有有意义的类型区分都具有目的指向,而目的的不同就决定了类型区分标准和类型区分结论以及体系建构结论的差异。我在《法律规范类型区分理论的比较与评析》一文中着重表达的就是这样一种意见和想法。

在民法规范讨论的过程中,在座的朱庆育教授在他的《民法总论》一书中用了专门的篇幅和我讨论与倡导性规范有关的问题,提出了非常

有智慧的质疑。经过认真的思考,我发现我和庆育教授在法律规范的类型区分和体系建构上的意见分歧,主要并不在于我们表达的价值判断结论的差异。我也不相信,仅仅因为我们对法律规范进行类型区分和体系建构的结论不一样,我们面对一个相同的价值判断问题时,作出的价值判断结论就会不一样。如果我们的结论不一样,一定是因为我们所抱持的价值取向不一样,而绝不是因为我们对民法规范论所持的理论主张不一样。我发现,庆育教授在对法律规范做类型区分的时候,采用的标准是在我们以往法理学研究,包括我们以往民法学和民法总论的教材中通常采用的区分的标准和方法——根据法律、行政法规的规定能否成为约定排除的对象,然后去对法律规范进行类型的区分。所以,我们在进行类型区分的时候选取的法律规范类型区分的标准就是不一样的,那它所产生的路径依赖就导致我们最终对法律规范所作的类型区分和体系建构的结论存在差异。

这也进一步导致法律适用过程中,我们的类型区分理论所带来的司法技术上的差异。比如庆育教授在《民法总论》一书中举了一个非常有意思的例子。《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第6条第1款是关于过错责任是侵权损害赔偿责任一般归责原则的规定。假设双方当事人约定,当事人之间如果真的发生侵权损害赔偿责任承担的话,不采取过错责任原则。庆育教授对此的结论是:这是一个可以被约定排除的规定,应当属于任意性规定。而用我所采用的区分标准对法律规范进行类型区分的话,我的结论是:这不是民事行为(合同行为)违反的对象,所以它属于简单规范。出现排除《侵权责任法》第6条第1款适用的这种约定时,就像刚才提到的,我会先去看有没有禁止约定排除的强制性规定;没有的话,我会进一步判断,这个排除《侵权责任法》第6条第1款适用的约定,是否存在损害公共利益的情形;如果都没有的话,通常这个约定会是一个有效的约定。可以看出,我和庆育教授的价值判断结论是一样的,但是我们采用的司法技术以及在法律适用过程中的思考路径是有差别的。

在座的钟瑞栋教授在他的博士学位论文中也谈到了对强制性规范进

行进一步类型区分的问题,对强制性规范做了非常详细的类型区分。对此,我也在思考,为什么我在对强制性规定进行类型区分时所得出的结论与瑞栋教授的结论会有所不同?在对强制性规定进行类型区分时,我会先把其区分为究竟是要求当事人采用特定行为模式的强制性规定,还是禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定。然后,我把要求当事人采用特定行为模式的强制性规定,以最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》(法释[2010]9号)的第1条和第6条,特别是第1条第2款表达的价值判断结论为依据,将其排除在《合同法》第52条第(五)项强制性规定的范围之外;而把禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定,接受最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》[以下简称《合同法解释(二)》]第14条表达的价值判断结论,将其区分为效力性和管理性的强制性规定。然后把效力性强制性规定等同于《合同法》第52条第(五)项的强制性规定,而把管理性强制性规定排除在《合同法》第52条第(五)项强制性规定的范围之外。

所以,我认真思考后的答案是:之所以我与瑞栋教授的结论存在不同,同样是因为我们对法律规范进行类型区分的标准不一样。瑞栋教授在他的博士学位论文中对强制性规定所做的类型区分,有一些在我看来属于简单规范和复杂规范区分中的简单规范。而对于复杂规范中哪些应当被认定为是强制性规定,我和瑞栋教授区分结论有区别的原因在于我俩做类型区分的目的不一样。瑞栋教授在做类型区分时,是根据强制性规定的核心考量因素的差别对其作出不同的类型区分;而我则是从强制性规定对公共利益的确认、维护和保障以及发挥功能的不同对其进行类型区分。这同样是因为出发点的不同,导致了强制性规定类型区分结论上的差别。

我也注意到,对效力性和管理性强制性规定的区分,学界也有不同的意见和主张。一种意见和主张是,效力性和管理性的区分是不可能的;另一种意见和主张是,效力性和管理性的区分是没意义的。

其中,主张“不可能”的学者主要是认为效力性和管理性的区分太困难了。对于这种“太困难”的观点,我想表达两点想法。第一点想法是这样的。寒假期间,我在牛津进行短期学术交流时,请教了牛津多个学院教

英国契约法的学者,尤其是碰到了已经 88 岁高龄的特莱特尔(Treitl)教授。当时,我请教特莱特尔教授,就不法性(illegality)对契约效力的影响,英国学界的共识是什么?特莱特尔教授回答我,在他的契约法的教材中,援引了一个法官的观点来表明他的立场。这个观点就是,“这是英国契约法上一个臭名昭著、混乱不堪的领域”。他从不在课堂上讲不法性的问题。可见,区分的困难绝不仅是中国人所面对的困境。

至于我的第二点想法,我在读冯友兰先生的《中国哲学简史》一书时,受到了非常大的启发。冯先生说,中国人对问题的思考比较擅长负的方法,而西方人对问题的思考比较擅长正的方法,这个正的方法指的是分析的方法。他说,最理想的思考问题的方法应该是正的方法和负的方法的结合。我的理解是,从理论的角度讨论效力性和管理性强制性规定的区分,一定要把握住“说”的界限在何处。效力性和管理性强制性规定的区分绝不是可以通过理论的阐述说清楚的,其中一定存在着“说”的边界。如果超出了“说”的边界,硬要对不可说的对象去进行理论的阐释和说明,那就已经背离了我们中国人思考问题的这种负的方法所包含的智慧了。其实对于框架性的概念,都有可说和不可说的一个边界区分的问题,如果已经进入了不可说的领域还强要去说,那就真的已经超越“说”的边界了。效力性和管理性强制性规定的区分一定是基于特定时期的价值共识,借助一个又一个个案不断地做出价值判断,慢慢积累新的价值共识,逐步向前推进的过程。

对于认为“没有意义”的主张,我是这样的一种回应。我认为,之所以认为效力性和管理性的区分没意义,是因为有讨论者表达了这样的一种意见和主张——当你认定合同无效的时候,你说它违反的是效力性强制性规定;而当你不准备认定合同无效时,你就说它违反的是管理性强制性规定。这不是“以答问答”吗?我的观点是,效力性和管理性的区分是有意义的。这种意义与民法价值判断问题的实体性论证规则有关。从各项民法基本原则的含义及其相互关系中,我认为存在一个最低限度的价值共识:如果你的价值判断结论是限制民事主体自由的,你得提供足够充分且正当的理由出来,要承担论证责任;如果你的价值判断结论是主张维护

民事主体自由的话,你在第一轮的法律论辩中可以豁免论证的责任。与此相关,面对法律、行政法规中禁止当事人采用特定模式的强制性规定,主张其是效力性强制性规定的讨论者,应当在第一轮的法律论辩中承担论证责任,要提出足够充分且正当的理由。如果不能提出足够充分且正当的理由,就不应再坚持自己的价值判断结论,应该转而接受这是一个管理性强制性规定的结论。它包含着与最低限度的价值共识所对应的论证责任的分配规则,这个规则在审判委员会、合议庭、仲裁庭也应当有其实际的作用。

当然,围绕着民法规范论的讨论还有很多不同的意见和主张。而我今天的想法是:如果我们是因为对法律规范进行类型区分的目的不一样,或者是因为选取法律规范类型区分的标准不一样,从而导致了法律规范不同的类型区分结论和体系建构结论。那就正如费孝通先生生前所说,在学术讨论过程中,我们抱持的应当是“各美其美,美人之美,美美与共,天下大同”的态度。

以上就是我对民法规范论这个问题表达的想法。下面就聆听在座各位朋友的高见。

谢谢大家!

王洪亮:

感谢王轶教授的报告,他把多年思考的精华部分奉献出来了,特别感谢。但是“含情脉脉”的阶段就要过去了,下面第二个阶段就是两位评议人的“单挑”阶段,有一个规则是——不说赞美的话,不说没用的话,直接说批评的话。下面请钟瑞栋教授先进行评议。

第二阶段：评议

钟瑞栋:

王轶教授对民法规范的划分是任意性规范、倡导性规范、授权第三人

规范和强制性规范以及混合性规范五种。我想请问王老师,您的这种分类的标准是什么?

就我所理解的,在您的分类中,任意性规范和强制性规范是从是否可以通过当事人的意思表示排除其适用角度去进行分类,而倡导性规范与任意性规范和强制性规范的划分逻辑似乎并不一致。另外,对于简单规范和复杂规范的提法,我感觉这像人为创造的两个概念。依您所说,规范事实行为的,实际上与表意行为无关的规定,就是简单规范;对可能会规范法律行为然后影响到法律行为效力的规定,就是复杂规范。那么为什么您称其为简单规范和复杂规范?而且“简单”和“复杂”这两个词在很多场合都可以用,作为规范类型来讲,您运用这两个词的独到之处我无法理解。

另外,对于法律规范的划分标准,我认为应该从一而终。王轶教授提出了以法律规范所调整的利益冲突的类型作为划分民法规范的标准(以下简称“利益标准”),这种划分方法根据民法所协调的利益类型的不同,将利益关系区分为四种类型:第一种是当事人之间的利益关系;第二种是当事人利益与特定第三人利益之间的关系;第三种是当事人利益与国家利益之间的关系;第四种是当事人利益与社会公共利益之间的关系。调整第一种利益关系的规范为任意性规范和倡导性规范,调整第二种利益关系的规范为授权特定第三人的规范,调整第三种和第四种利益关系的规范为强制性规范。

这种划分方法克服了非此即彼的二分法的粗糙,关注到法律规范调整的利益的类型的差异,不仅展现了民法规范的多元化,而且展现了法律后果的多样性和动态过程。比如半强制性规范,其同时存在有效、无效两种情形;授权第三人的规范,其法律效果的产生,中间尚有追认的过程。另外,多元化的民法规范,由于排除了部分看似有强制色彩的规范,可降低强制性规范辨识的复杂性。

我曾经对上述利益标准的划分方法深表赞同。但进一步的研究发现,这一标准需要修正,否则会出现划分标准不统一,划分结果不周延的结果。

首先,在划分的标准上,王轶教授所提出的利益标准并未贯彻始终。

例如,任意性规范与倡导性规范所调整的利益冲突均为当事人之间的利益冲突,这表明仅依该标准无法将任意性规范与倡导性规范区分开来。又如,半强制性规范也无法以利益冲突类型为标准确定下来。王轶教授在界定这一规范时,一方面将其所调整的利益冲突类型归为当事人之间的利益冲突,另一方面在举例解释《合同法》第302条第1款属于半强制性规范时,又将该规范所保护的利益归结为公共利益。似有标准不统一和逻辑上前后矛盾之嫌。

其次,以利益标准划分民法规范还可能会产生不周延的结果。因为民法规范中存在的大量技术性规范均为强制性规范,却没有明确的利益关系为调整对象。技术性规范主要规定社会成员的行为程式,不是告诉人们应当为哪些行为,不得为哪些行为,而是告诉人们,在为某种行为时,应当采取何种技术程式,与利益关系至少没有直接的关联。可见,有些法律规范虽然不能归入当事人利益与国家利益、当事人利益与社会利益的关系类型,却不能因此否认其强制性。譬如票据的绝对必要记载事项、诉讼时效等。因此,强制性规范的界定还必须有第二个标准——法律技术。

民法若要维护私法自治,首先就必须在价值判断的基础上,为私法自治提供必要的法律技术。其中之一,就是为自治行为设定最低的法律要求,如自治行为的主体资格(权利能力和行为能力),自治行为在法律上如何形成(法律行为的成立要件和生效要件),自治行为的对象如何在法律上识别(如物权法定和公示公信原则),等等。上述规范都不是仅具有参考价值的任意性规范,而是具有强制力的强制性规范。这类规范可称之为技术型强制性规范。

最后,采用利益类型界定强制性规范,会陷入公共利益、国家利益难以界定的困境。对于什么是公共利益、国家利益,理论和实践均缺乏明确的标准。即便可以判断为国家利益或社会公共利益,法律行为对公共利益、国家利益的侵害有直接与间接、程度深浅的不同。

因此,从我所接触到的王轶教授的研究文献中,我一直没有弄清楚王轶教授的类型区分标准。我不知道这是因为我没看懂,还是因为这个标

准本身就够从一而终？以上就是我提出的问题。

朱庆育：

谢谢王轶教授的精彩报告。

王轶教授关于法律规范理论写过系列文章，从中可以看到王轶教授理论的一以贯之，也可以看到理论日趋完善的过程。时间有限，我的评论大致从两个方面展开。首先从读者的角度，尝试着理解王轶教授规范理论的逻辑；其次有几个问题求教王轶教授。

从稍有点儿远的地方说起吧。学习法律的人永远都在跟规范打交道。我们的法律教育分成两部分，一部分是法理学，一部分是部门法学。当我们说到规范理论时，通常会认为这应该属于法理学那部分，而部门法学则是适用具体法条。但现实是，当我们去分析法律规范时，不可能存在一个抽象的法律规范，不可能存在一个法理学意义上的法律规范，存在的只是某一具体“部门法”的法律规范。所以，说到具体法律规范的时候，法律学者又会觉得这是民法规范，应该由民法学者来讨论；那是宪法、刑法规范，应该由宪法、刑法学者来讨论。这就导致一直以来，我们的法律教育以及法学研究存在着某种程度的断裂：规范理论本身被认为是法理学者的研究领域，而具体规范的解释适用问题又被归为部门法学者的任务。这种断裂进一步导致相互伤害，部门法学者“讥讽”法理学的规范理论是“屠龙术”，法理学者“鄙夷”部门法学的规范解释与适用是“盲人瞎马”。知识的人为割裂也许是我们法律规范理论研究长期积弱不振的重要原因。

其他学科不太清楚，咱们民法学者其实有不少人已经意识到这个问题并做出贡献，例如在座的耿林教授和瑞栋教授都以民法规范理论为博士论文主题并出版了专著。

王轶教授的规范理论虽然尚未形成体系化专著，但以此为主题的系列论文已经发表多篇。尤其让我感兴趣的是，王轶教授的规范理论极具原创性，例如关于倡导性规范分类，又如关于简单规范和复杂规范分类。

跟瑞栋教授差不多,刚看到简单规范、复杂规范的分类时,也是有点困惑:为什么叫简单规范呢?因为它很简单吗?复杂规范又复杂在哪儿呢?写《民法总论》一书的时候,我仔细思考过规范理论,也在《民法总论》中专辟一章来讨论,当然还是粗糙。我注意到,不同的学者在讨论规范理论时,他们心中预设的规范类型其实是不一样的。

公法学家讨论规范理论,预设的规范原型多为公法规范,包括凯尔森,只要稍加观察,就会发现其中关于规范的分类、规范的性质等各种讨论,如果用公法规范来对应,会非常合适。而私法学家,像拉伦茨,他们举的例子也好,设想的规范原型也罢,则多数是私法规范。当然,他们的讨论上升到一般规范理论时,肯定都会兼顾,但开启讨论时以自己所擅长的专业领域为原型,这恐怕很难避免。

以公法为原型和以私法为原型构建规范理论,结果可能会不太一样。哈耶克就批评过法律实证主义者将公法规范的理论套用在私法上。王轶教授的规范理论之所以尤其有关价值,原因之一就在于,他以私法规范作为原型,并且以此为出发点观察公法管制问题,对于私法规范理论的架构有直接的意义。同时,王轶教授多年参与立法,对于规范理论的建构,会兼具立法者与法律解释者的视角,所以他会说,民事立法应该怎么配置民法规范,配置好的民法规范应该怎么解释适用。这种打通立法与法律适用的视角,和德国法哲学大师考夫曼的主张颇有暗合。

如果我对王轶教授的理论旨趣理解没有太大偏差,那就可以继续以理解者的角色试着重构简单规范/复杂规范/分类考量。

首先从规范产出角度,处在立法者的位置需要思考,如何设置法律规范?所设置的规范要规制哪些行为?不同的行为违反法律规范的方式可能不一样,违反之后的效果可能也不一样,那么针对不同的行为,法律规范的设置方式也就可能不一样。这就涉及民法中行为的分类。法律事实经常会被三分为行为、事件与状态,最具典型意义的当然是行为。民法领域的行为可再分为事实行为和法律行为,另再加上侵权行为。这三种行为性质相去甚远,规制它们的法律规范照说也应该有所不同。

这些规范都是什么呢?

传统的关于任意规范和强制规范的二分法中,分类标准用瑞栋教授的话说,是非常从一而终的,就是以当事人的意志能否排除为标准。王轶教授显然不满足于这种分类。

如果我是王轶教授,可能会想,当我们讨论法律行为违反强制性规定的时候,讨论的是法律行为能不能根据行为人的意志来实现其法律效果,这个时候,给出的回答是“能”或者“不能”;如果是一个事实行为或侵权行为,因为法律效果并不是由当事人的意志所设定,所以法律并不回答法律效果能不能根据行为人的意志来实现的问题,可能会更直接,更直接的表现是,法律会告诉行为人,你可以实施或者不实施这种行为,无论是否实施,都不能对法律效果施加影响。这样的回答针对的是行为实施本身,而不是像法律行为那样,在行为实施后针对法律效果。

针对法律行为与事实行为和侵权行为的两种法律规制方式看起来确实不太一样。前者是说,你能不能实现你所想要的法律效果;后者是说,你如果实施了这种行为,就会有这样的法律效果发生。反观任意性/强制性规范分类,可能就未必会觉得是一个周延的法律规范分类了,因为有一种行为,不是说能不能排除适用的问题,而是说只要实施了就会发生怎样的法律效果。看起来,说“可以被行为人意志排除”,只在法律规范规制效果的语境下才有意义,换句话说,任意性/强制性规范分类并不适用于所有法律规范,所适用的规范类型暂时称为效果规制型规范,跟它相对的也就暂时称为行为规制型规范。行为人的意志只能设定法律行为的法律效果,而对事实行为与侵权行为的法律效果无能为力,所以,效果规制型规范针对法律行为(王轶教授的同义概念是“民事行为”),行为规制型规范则针对事实行为与侵权行为。

如果我的理解大致无误,这就是王轶教授所说的简单规范和复杂规范,其中,简单规范对应行为规制型规范,复杂规范对应效果规制型规范。这样的话,简单规范/复杂规范显然不是说这个规范很简单、那个规范很复杂,不是从规范结构的复杂性角度进行分类。可为什么王轶教授还是选择简单规范/复杂规范这样的表述呢?既然不是强调规范结构本身,最有可能的大概就是强调规范适用过程了。

如果是针对事实行为与侵权行为的行为规制型规范,适用时,法官不用去考虑法律效果与当事人意志之间的关系,直接适用法定效果就好;如果是针对法律行为的效果规制型规范,适用时,法官得先判断这种规范所设定的法律效果能不能被当事人意志所排除,或者,规范自身没有明确设定法律效果时,能不能允许当事人自由设定法律效果。从这个角度观察,行为规制型规范在法律适用时比效果规制型规范简单得多,这也许就是王轶教授分别称之为简单规范/复杂规范的原因。

顺着这个逻辑往下走,也可以理解为什么王轶教授会认为,并不是所有规范都可以归入任意规范/强制规范这个看起来从一而终的二分法之下:能够被追问“能不能被当事人意志排除”并据此区分为任意规范/强制规范的,只是效果规制型规范。也正因为如此,王轶教授会认为我讨论《侵权责任法》第6条第1款是任意规范还是强制规范没有意义。

以上就是我所理解的王轶教授的简单规范/复杂规范理论的基本逻辑。之所以要先理顺一下,是因为相互理解是有效对话的前提;也只有如此,才有可能判断一个新的规范理论原创所在及其意义。

从整体上评价王轶教授的规范理论有没有足够的说服力、是否存在漏洞、漏洞是否可修补,或者,这种规范理论对于王轶教授想要实现的目标来说是不是一条合适的路径,这些问题很多,今天这个场合显然没有办法展开。我提两个问题,向王轶教授请教。

第一个问题,以事实行为作为规制对象的法律规范和以法律行为作为规制对象的法律规范,是不是会对应不同的规范类型,这可能是一个需要论证的问题。法律规范当然是意在规制行为,但行为会有很多种不同的分类,不同的行为分类是不是会对应不同的规范类型,或者,什么样的行为分类会对应什么样相应的规范类型,恐怕还需要进一步论证。为什么民法语境之下事实行为和法律行为的分类会导致新的规范理论出现?其间为什么会有一种对应关系?在王轶教授一系列的文章中,我一直都没有看到很明确的论证。这是一个可能遭受质疑的问题。

王轶教授提到,如果当事人有一个排除适用以事实行为或侵权行为作为规制对象的规范的约定,这个约定本身当然是意思表示,是法律行为,但

这个法律行为的目的是为了排除适用以事实行为或侵权行为作为规制对象的规范,那被排除适用的规范可归入强制规范/任意规范之列吗?

对这个问题,王轶教授有一个非常机智的回答,他架了一座桥梁。王轶教授的解释是,规范本身是以事实行为作为规制对象,所以它是简单规范,但简单规范可能会有辐射效应,如果这个辐射效应会影响到当事人所实施的法律行为,那么当事人感受到这种辐射效应之后,可能会预先排除它,就会有前面所说的那种约定。不过约定本身不能直接对规范性质作出回答,这时候就需要架一座桥梁,把约定和简单规范连接起来。假如有一个规范允许或禁止约定排除简单规范,那么这个规范就是当事人约定通往简单规范的桥梁。如果要找实证法基础,《合同法》第53条大概就属于这种桥梁规范,同时,这个桥梁规范本身是一个复杂规范,用来处理简单规范的效力辐射到法律行为领域的问题。这样的话,简单规范和复杂规范的分​​类看起来能够得到维持。但这是一种文字游戏还是确实有其理论意义,我还需要进一步思考。

第二个问题,我前面提到,王轶教授从关注立法阶段的规范配置开始,然后以实证化于制定法中的具体规范为直接讨论对象,在此基础上构建规范理论。这和一般的规范理论不太一样,不一样之处在于,一般可能是先从理想型角度构建规范理论,实证法规范更多是处于一种被印证或者被检验的地位。理论建构进路会影响理论建构本身。

我在《民法总论》一书中专门讨论了王轶教授原创的一种规范类型,即倡导性规范。在原创程度方面,倡导性规范不如简单规范/复杂规范的分​​类。原因是,倡导性规范只是其规范分类理论的一个环节,更重要的,简单规范/复杂规范的分​​类,我暂时还没有找到原型,而倡导性规范是有原型的,之前有学者例如黄茂荣教授有过类似的提法。不过,王轶教授的倡导性规范的分​​类理论的原创程度依然非常高。我的问题是,直至现在,我还是对这种规范的必要性持怀疑态度。

王轶教授的倡导性规范概念就是以实证法规范配置为出发点的结果。被用以证明法律规范中确实存在倡导性规范例子,有一些我觉得是多余的,立法者原本没有必要去“倡导”某种行为方式,他只需要说,如

果行为人做了什么事,那么就会有什​​么效果。立法者如果认识到这一点,这些“倡导性规范”会从实证法规范中消失,倡导性规范概念的意义会相应随之消失。还有一些,可能是规范本身就有问题,比如《合同法》第132条第1款,要求出卖人应当对所出卖之物享有所有权或处分权。在某种程度上,王轶教授恰恰是认为这个规定有点问题,才想要将其归为倡导性规范。这种处理方式用心良苦,但效果好像并非很理想。简单地说,出卖人如果被要求享有所有权或者处分权,欠缺所有权或者处分权就应该对法律效果构成影响;如果不会影响法律效果,那么立法就不能通过实证法规范要求出卖人“应当”享有所有权或处分权。从规范配置的科学性角度,只有这两种选择,折中的第三条道路恐怕不太走得通。王轶教授以《合同法》第132条第1款为倡导性规范的典型,我有点担心,无论是物权行为理论的支持立场还是反对立场,恐怕都不太能接受。体现在立法上,支持物权行为的立法例固然不会要求出卖人“应当”享有所有权或处分权,否认物权行为的立法例好像也不会认为处分权之欠缺对于买卖合同效力不构成影响。这样的话,倡导性规范理论就会显得有点尴尬,好像它的存在意义在于化解不尽妥当的实证法规范面临的困境。

我的评论大致就这些,拉拉杂杂,有任何误解或不当之处,请王轶教授指正。

王轶:

首先,说一点总体的感受。我觉得坦率和真诚的学术交流,最大的好处是可以让一个讨论者去反思自己思考问题的原点,而这个原点其实就是一个讨论者思考问题的动机。如果没有这样一种讨论的话,可能没有机会去反思自己为什么会这么想,也就不会把自己隐而不显的支援意识在学术研究的过程中展现出来。所以我到今天都一直相信,学术讨论最主要的目的绝不仅仅是为了达成学术共识,学术讨论最主要的目的更多是为了达成彼此之间的相互理解。因为在学术讨论的过程中,我们会越来越多地把自己为什么这么思考的动机发掘出来,展现给别人。其实包括各种法律的论证方法,在我看来它起的作用也是如此。

其次,针对我们今天所讨论的话题,我简单做几点回应。第一点,是刚才瑞栋教授和庆育教授在发表意见的时候,我在想:当我们围绕民法规范论的讨论存在意见分歧的时候,我们争论的究竟是什么类型的民法学问题?其实在刚才瑞栋教授和庆育教授的评论中也提到了围绕民法规范论的既有争论,它涉及几种不同类型的民法学问题,一种是纯粹民法学问题中的解释选择问题,其纯粹服务于进行理论建构的目的,研究如何对法律规范做类型区分,然后进行体系的整理。这种意义上的民法规范论讨论的目标是,便于听众和读者能够了解和掌握法律规范的相关理论知识。而另一种是围绕着民法规范论所展开的讨论,是有实践意义的,如果从立法论的角度出发去进行讨论,涉及的是立法技术问题的讨论。从解释论的角度出发进行讨论,在中国民法语境下,民法规范论的讨论更多的是服务于民法问题中的司法技术问题的讨论。

在我的心目中,民法学问题除了事实判断、解释选择、立法技术、价值判断之外,还有一种重要的类型,就是司法技术问题。比如说在对请求权基础进行检索的时候,检索的顺序究竟如何安排?我不认为它会导致面对相同的案件得出不同的裁断结论。运用请求权基础分析法对案例进行分析时,采用邹碧华副院长生前所主张的九步工作法,或采用杨立新老师主张的六步工作法,我也不认为这会导致面对相同的案件得出不同的裁断结论。如果有,那是因为价值取向不一样,绝不是因为九步工作法或者六步工作法会导致不同的裁断结论,这就是司法技术问题。同样的道理,在相同的价值判断结论之下,究竟如何对法律规范进行类型的区分,完成一种体系的建构,涉及识别法律规范类型的司法技术。司法技术问题同样不是真假和对错的问题,能够实现所追求的司法目标,能够用最便捷的方式实现司法目标的司法技术就是最可选的、最适宜的司法技术。所以在讨论民法规范论的过程中,我采用这样的思考,其实还有一点考虑就是,希望这种司法技术是一种能够避免“夜长梦多”的司法技术。条条大路通罗马,有的路近一些,有的路远一些。走远的路“夜长梦多”的可能性就多一些。拉长了裁判者思考线索的司法技术,是很容易让司法者在进行法律适用的过程中偏离自己最初价值取向的司法技术;而缩短了裁

判者思考线索的这种司法技术是可以避免“夜长梦多”，避免裁判者把不应考虑的因素纳入到纠纷处理考量中间的一种司法技术。所以对于民法问题中的司法技术问题，我是抱着这样一种基本的立场和态度，这是围绕民法规范论想谈的第一点。

第二点，是瑞栋教授所提到的我对法律规范做类型区分时，区分的标准究竟是什么？我一直觉得，如果逻辑不一贯，讨论者便丧失了与讨论伙伴进一步去进行讨论的资格，所以在这个意义上，我一直强调法律的逻辑分析不能发挥积极的证成功能。原因就在于，法律的逻辑分析没有展现讨论者任何的内在动机，所以它不具有积极的证成效力，没有带入新的论证因素。但是法律的逻辑分析具有消极的证成功能，它是维持讨论者基本讨论资格的判断依据和标准。

从这个意义上来讲，我对法律规范做出这种类型区分的原因在于，区分的标准正如刚才庆育教授在分析中间所提到的，的确是不同民事法律事实类型所引起的不同类型利益关系的变动。根据法律事实类型区分的不同，先把调整事件、事实行为、准民事行为引起利益关系的变动——这些采取法定主义调整方式的规定——归为简单规范。再把调整民事行为所引起的利益关系变动的法律规则，称为复杂规范。简单和复杂的确是在这个意义上区分的。简单规范，是指不用再做是否为强制性规定类型区分的法律规范，复杂规范是指还需要有复杂的司法操作，还需要考虑它究竟是否为强制性规定的法律规范。若不是，那么又是何种类型的规定？对于复杂规范，我做进一步区分的标准是根据民事行为引起的是何种类型的利益变动。如果引起的是民事主体与民事主体之间的利益变动，那么再根据法律规范对这种类型的利益进行调整时，不同的作用和功能便区分了任意性规范和倡导性规范。如果引起的是民事行为的当事人与民事行为以外特定第三人之间的利益冲突，这个时候是授权特定第三人的规范；如果引起的是民事主体的利益与公共利益之间的冲突，这个时候就涉及广义的强制性规定；如果同一个条文协调的利益关系，既涉及民事行为所引起的民事主体与民事主体之间的利益关系，又涉及民事主体的利益与公共利益之间的关系，这就是我所说的混合性规范。

第三点,是刚才瑞栋教授提到的技术性规范。技术性规范在我的心目中有不少都可以归入简单规范,而有一些技术规范如果能够调整民事行为所引起的利益关系变动的話,可以依据刚才所说的复杂规范的区分标准做出进一步类型的判断。

第四点,是刚才庆育教授对简单规范和复杂规范所进行的关于我的分析思路的梳理,我是认同的,我的确是基于这样的考虑做简单规范与复杂规范区分的。而为什么以民事法律事实的类型区分为标准来区分简单规范和复杂规范,这与我刚才所说的,我对民法问题中的司法技术问题所采取的立场和态度是有关系的。

第五点,就是倡导性规范的问题。对于倡导性规范,我最初的确以《合同法》第132条第1款为分析对象。在我撰写博士学位论文期间,我很尊敬的民法学家杨振山老师去我们中国人民大学参加学术会议,我请教杨老师《合同法》第132条第1款,杨老师当时给我的解答是,他认为《合同法》第132条第1款是强制性规定。我记得田士永教授在其博士学位论文《物权行为理论研究》中引述了杨振山老师的这个判断。当时我从鼓励交易的立法宗旨出发,的确不想让《合同法》第132条第1款成为导致出卖他人之物的买卖合同无效的原因,也因此就像刚才庆育教授分析的,我把它称为倡导性规范。

当然,倡导性规范是不是要在未来的民法典中间继续存在,这个问题就像我们怎么对《民法总则》做出评价一样。其实我个人在参与《民法总则》起草的相关讨论的时候,我也认同张俊浩教授和在座很多朋友表达的主张,即法典主要还是服务于给裁判者提供裁判依据的,民法典主要是给裁判者编纂的,它的反射作用是服务于民事主体的。不过,我国立法机关没有采纳这样的主张。立法机关认为民法典首先是给人民编纂的,然后才是给裁判者编纂的,当然民法典还是给行政管理机关编纂的。民法典编纂的目标定位是多方位的,在这样的背景下,类似《合同法》第132条第1款这样的规则,将来是不是还继续保留,是个未知数。所以在这种背景下,倡导性规范将来还有没有生命力,是不是还继续存在,的确取决于我们的立法机关究竟为民法典编纂设定何种目标。^{〔1〕}

〔1〕 王轶教授关于民法规范论问题的最新思考,请参见王轶:《民法典物权编规范配置的新思考》,载《法学杂志》2019年第7期。