

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明

Discussion on
Civil Code of China

中国民法典争鸣

徐国栋卷



徐国栋
著



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明
执行主编 柳经纬

中国民法典争鸣

徐国栋卷

徐国栋
著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典争鸣. 徐国栋卷/徐国栋著. —厦门:厦门大学出版社, 2018. 7
ISBN 978-7-5615-6570-4

I. ①中… II. ①徐… III. ①民法-中国-文集 IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 140821 号

出版人 郑文礼
策划编辑 施高翔
责任编辑 邓 臻
装帧设计 李夏凌
技术编辑 许克华 法律资料分享, docsriver.com

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门集大印刷厂

开本 787 mm×1 092 mm 1/16
印张 17.75
字数 396 千字
版次 2018 年 7 月第 1 版
印次 2018 年 7 月第 1 次印刷
定价 102.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

总 序

民法典被誉为“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法，是保护公民权利的宣言书，也是解决民商事纠纷的基本依据。编纂民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题，保障创新、协调、绿色、开放、共享的“五大发展理念”的落实，推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化，为全面深化改革、全面依法治国、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦奠定坚实的制度基础。

我国民法典编纂始于清末民初对大陆法系国家民法典的继受（移植），标志性的成果是1929年至1931年间颁行的“中华民国民法典”。1949年9月，中国人民政治协商会议第一次会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》明确宣布废除国民党的“六法全书”。从20世纪50年代开始，我国历经四次民法典起草，即50年代中期（1956—1958）、60年代前期（1962—1964）、70年代末至80年代初（1979—1982）以及21世纪之初（2002）。然而，由于社会经济条件不成熟以及理论准备不充分等原因，四次起草均半途而废，民法典成为我国法律体系的一大缺失。2014年10月23日，中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出了“编纂民法典”的立法任务，加快了民法典编纂的进程，这是我国民事立法的一个重要里程碑。

步入21世纪的中国正处在一个重要的历史阶段。我们要制定的民法典是21世纪的民法典，必须要回应21世纪的时代需要，彰显21世纪的时代特征。如果说1804年的《法国民法典》是19世纪风车水磨时代民法典的代表，1900年的《德国民法典》是工业化社会民法典的代表，今天我们要制定的民法典应当成为21世纪互联网、高科技时代的民法典的代表，这样我们就必须充分反映时代精神和时代特征，真正体现法典与时俱进的品格。进入21世纪以来，互联网技术、人工智能、生物技术的发展，全球化的生态环境保护，人类社会面临着前所未有的问题。民法作为社会生活的百科全书，无法回避人类社会发展的新问题。

我们要制定的民法典必须立足于中国国情，向世人展示我们依法治国的新形象和我国法制文明的新高度。在全面依法治国的新时期，这部民法典应当吸收我国立法、司法和理论研究的成果，总结法治建设经验，真正成为一部具有中国特色的、屹立于世界民法之林的法典。我们要制定的民法典必须反映改革成

果、推进并引领改革进程。改革开放的伟大实践,创立了一条中国特色社会主义的发展道路,这是一条不同于其他法典化国家或地区的发展道路。民法典作为时代精神和民族精神的立法表达,不能忽视这样一个特殊的社会经济条件。但如何充分反映中国特色社会主义这一社会经济条件,是我们所面临着的前所未有的问题。民法典的编纂,应当凝聚改革的共识,确认改革的成果,为进一步改革提供依据,从而推动改革进程,引领改革发展,实现国家治理体系和治理能力的现代化。

从民法法典化的历史来看,我国民法典编纂所面临的新问题是其他已经法典化的国家或地区所未曾有过的,这也决定了我国民法典编纂问题的复杂性和难度。编纂这样一部民法典,不只是立法机关的任务,也是民法学界的任务。民法典编纂所面临的问题,需要民法学者认真进行深入的研究,积极提供有力的理论支持。成就一部伟大的民法典,是我国民法学界几代人的夙愿。早在20世纪50年代,老一辈民法学者就以极大的热情投入民法典的起草工作。改革开放以来,随着法学教育和学术研究的恢复,民法学者围绕着民商事立法和民法典编纂问题进行了广泛而深入的研究,取得了丰硕的成果,也为民商事立法提供了有力的理论支持。从民法通则到合同法、物权法、继承法、婚姻法(修订)、侵权责任法,从公司法、合伙企业法、个人独资企业法到保险法、证券法、信托法等商事特别法,民法学者都做出了积极的理论贡献。尤其是进入21世纪以来,民法学者围绕着民法典编纂问题,掀起了一波民法典理论研究热潮,民法典研究成为我国民法学乃至新时期法学研究一道亮丽的风景线。

当前,民法典编纂工作正在进行,在许多问题上尚未达成共识,又有许多新的问题尚待研究。民法典编纂仍需全体民法学人持续地努力。值此之际,厦门大学出版社组织出版“中国民法典争鸣系列”丛书,诸位学者将他们多年来民法典研究的心得汇集出版。这对于促进我国民法典的学术研究,无疑具有重要的理论价值。我坚信,无论民法学者的研究成果是否被立法机关所采纳,但其对于推进我国民法典的编纂工作都将起到积极的作用,他们的研究无愧于这个时代。

让我们为编纂一部新时代的民法典而努力奋斗!

中国民法学研究会会长 王利明

2017年5月26日

中国需要一部什么样的民法典（代序言）

《民法总则》第三次经全国人大常委会讨论之际，柳经纬教授致信于我，希望我把自已写的关于中国民法典的旧文集腋成裘，成为《中国民法典争鸣·徐国栋卷》，我深感荣幸，慨然允之。得知这套书目前只有7个作者，我更感骄傲。看来，没有为中国民法典的制定写作30万字以上论文的人进不了这套书。写了30万字，要说作者对于中国民法典的制定没有贡献，那就有些难了。

我是最早并最多地为我国民法典的制定鼓与呼的学者之一。我的博士论文《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》（后由中国政法大学出版社于1992年出版）从某种意义上讲是一部民法典专著，不过采用了如何为封闭的民法典设计“减压阀门”（诚信原则）的角度。尔后，我在时任领导的大力支持下在中南大学法学院创建了民商法典研究所，从此组织翻译出版了13部外国民法典并收藏了160多部外国民商法典作为制定我国民法典的资料储备。再往后，我主编了《中国民法典起草思路论战》（中国政法大学出版社2001年版）一书，把关于中国民法典起草方略的争鸣推向深入。再再往后，我主编了《绿色民法典草案》（社科文献出版社2004年版）作为制定中国民法典的学者建议稿。再再再往后，我利用在美国哥伦比亚大学访学的时间，写作了《认真地对待民法典》（中国人民大学出版社2004年版）论文集，阐述了民法典问题的方方面面。该书收录的诸文构成本书的“旧论”的主体部分。在2014年秋中国民法典第五次起草热潮出现以后，我又写了5篇论文探讨民法总则制定的一些问题，它们加上游离作品《公证制度与民法典》，构成本书的“新论”部分的内容。

把这些成果汇集在一起，剔除过时的内容或发现为错的内容，增加一些新知，就形成了本书。它可以作为中国民法典从1954年第一次起草至今的一个路迹图看待。我感到自豪的是，本书包含的不少观点已被刚颁布不久的《民法总则》采用，例如人前物后的民法对象定义、绿色原则。另外，一些观点被特定行业高度重视，例如我关于民法典中的公证点的研究使我成为公证界的贵人。但令我遗憾的是，“新论”部分包含的一些重要观点，例如对平等规定过多的批评、对把公民改为自然人的批评，尚有待立法机关和学界普遍接受，我有信心和耐心等待此等接受发生。

感谢柳经纬教授约稿于我，感谢厦大出版社出版此书。更具有溯及性的感谢要给现在清华大学出版社任职的李文彬，她在中国人民大学出版社任职时，催生了《认真地对待民法典》一书，该书是本书的重要部分，它记录了我的一段心史和工作经历。

2017年4月19日

时值住院等待颈椎手术前夜

目录



旧论编	1
民法典草案的产生问题	3
论现代民法典的结构—功能模式	8
论我国民法典的认识论基础	17
市民法典与权力控制	39
两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义	47
民法典草案的基本结构	73
《绿色民法典草案》人身法二题	99
“三根棒棒”还是“雄伟石厦”？这是一个问题	109
认真地透析《绿色民法典草案》中的“绿”	114
认真地反批评梁慧星教授的批评	119
认真地评论民法典论坛第二场	124
认真地反思民间习惯与民法典的关系	127
认真地听中国学者对德国民法说不	132
认真地点评葛云松对我的批评文章	138
附录：我与葛云松先生就《认真听中国学者对德国民法说不》一文的后续讨论	144
认真地把人文主义的民法观通俗化	151
认真地评论穷人非真人说	162
魂兮归来！认真地理解亲属法向民法的回归	176
认真地为民法典起草者请求国士待遇	181
认真地反思第四次民法典起草的组织方法	189
新论编	203
公证制度与民法典	205
中国官方民法总则草案的罗马法基础	215
回答中国民法典制定的八个问题	227
评析三个民法总则草案中的平等规定	233
将“人前物后”进行到底	249
我国民法总则制定中的四个问题	254

旧论编





民法典草案的产生问题^①

在一个享有 48 年的全面和平时期(有过局部的战争,但都不是全局性的)的国家,民法典的诞生如此艰难,在历史上是颇为罕见的。看一看我们的邻居越南! 历经抗法战争、抗美援朝战争以及与中国的边界战争,情况似乎比我们困难得多,却在 1996 年制定出了自己的 838 条的民法典;看一看我们的邻居俄罗斯! 她在 1990 年由苏联变成现在的格局,政治经济体制剧烈变迁如风驰电掣,一度内外交困,民生艰难,却在 1995 年搞出了与新的政治经济体制相适应的、凡 1109 条的民法典(这可能是对中国的“改革未到位,民法典不可行论”说的最痛快的驳斥)。这种对比应该让我们感到难堪,至少我本人感到难堪。在难堪之下,不禁要思考,中国民法典的产生为何如此之难?

有政治上的、意识形态上的原因(对于这一方面,我只想简单地说一句:民法典之所以搞不出来,乃是因为有些人不想把它搞出来。如果我们中国人下了决心,有什么搞不出来的事情? 请看原子弹和氢弹!)。这里,我只想研究一下民法典产生之困难的技术上的原因,并把这一比较大的问题的考查范围限定在民法典草案的产生过程中。

首先我们必须承认一个现实:从根本上而言,民法不是我国的固有法,而是继受法,因此民法对于我们中国人,基本上是西方的舶来品。既然如此,我们就必须承认西方民法,尤其是德国法族的民法是我们的母法。如果这一事实得到承认,那么在民法典的起草问题上,狭隘的民族主义抵挡不住铁的事实。作为一种纯理论的假设、对过去的事实的回忆和对许多国家的经验的参照,我们不妨设想一下请一个或数个洋人帮我们起草民法典的可能。在地球已经成为一个村子的时代和科学技术日益跨越国界传播的时代(民法也是一门科学,甚至是技术的一个门类),民族主义已经越来越引不起人们的兴趣,凡是能治好病的,都是好药,哪怕它来自东洋西洋北洋! 但许多人仍会为这一提议感到难以明说理由的吃惊。然而这种做法,我们的祖先尝试过,许多继受西方民法的国家也尝试过,并不新鲜。《大清民律草案》的产生,有日本学者的直接参与,这一草案后来成为民国民法典的基础。日本人曾为我师,但日本人又是法国人、德国人之生徒。日本旧民法的草案,就是由巴黎大学教授布瓦松纳德起草的。现行的日本民法典的制定和适用,与德国的立法和学说一直保持着极为密切的联系。还可以举一些亚洲以外的例子。埃塞俄比亚的民法典,就是由著名的比较法学家勒内·达维德起草的(当然,这部法典的适用效果不好,被评价为“比较法学家的快事,非洲人的噩

^① 本文原载《法律科学》1998 年第 3 期。

梦”。这使我们要充分考虑由洋人起草民法典可能带来的消极后果)；阿尔巴尼亚现在的民法典，是由一个意大利人简马里亚·阿雅尼起草的；拉丁美洲的最优秀的民法典——智利民法典，是由一个委内瑞拉人安德雷斯·贝略起草的。土耳其人干脆免了请洋师傅的麻烦，直接照搬洋师傅在其国内起草的民法典，在短期内实现了法制的现代化，被传为佳话。这些例子，足以说明外国人起草民法典现象的普遍性和民法科学跨文化传播的可能性与可行性了。

请外国人为本国起草民法典，根据在于民法和民法科学的国际性或曰跨国性。民法是科学而不是意识形态，它是对人类的生活问题的处理。因此，凡有人类生活的地方，就会有民法思考。人类生活的共同性，必然导致民法思考的共同性，这就是民法的大部分内容是“万民法”或“自然法”，只有少部分内容是“市民法”的理由。由于自然法或万民法的存在，世界各国民法典的内容，即使不能说极为相同，也可以说是极为相近的。正因如此，才有可能考虑民法在国际范围内的统一问题。既然如此，民法的跨文化引进，就不是什么奇怪的事情了。现在，我国已充分地认识到引进外国的智力资源的必要，在技术层次上(包括足球)有许多效果不错的尝试。而且，我国已参加了一些私法统一方面的国际公约，例如《联合国国际货物销售合同公约》，据我所知，我国没有参加这一公约的起草，而只是加入了这一公约，但它在我国具有国内法的效力，从民族主义的角度看，这不是外国人为我们起草了法律又是什么呢？在这样的背景下，我们为什么不可以对民法典的制定上也尝试一下聘请外国专家呢？考虑到外国人很可能不了解中国国情，可以以中国学者为主，适当吸收外国学者参与民法典的起草，这或许可以收到中体西用的效果。

说实话，我并没有认真地建议请洋人起草民法典，而只是把它当作一种理论上的可能性，大着胆子冒天下之大不韪说出来，开启一下大家的思路。如果允许我更为大胆一些，我想说，提出上述“建议”，是为了唤起所有与制定民法典有关的人士的羞耻心。知耻而后勇，说不定经这么一激，就像铁人王进喜受到挂煤气包的公共汽车的刺激一样，会有许多人发奋图强、卧薪尝胆、宵衣旰食，一使劲就把民法典搞出来了。民法科学引进我国已经百有余年，基本上已经成为本土的学问。1949年以后至20世纪80年代之前，这一科学的发展有过中断，但80年代以后，民法科学相对于我们自己的过去而言，已经取得了长足的、突飞猛进的发展。在这样的背景下，组织得当、万人一心，本国的和外国的学术资源，有用的一概拿来，民法典像原子弹和氢弹一样(搞“两弹”的时候，可没有因为学术资源是外国的就弃而不用，事实上，我们尝试过请洋师傅搞“两弹”，由于别人不肯帮这个忙，我们才狠下心来自己搞)，是可以靠中国人自己搞出来的(这里我想提出一个口号：当代的中国人，应该拿出上一代人搞“两弹”的劲头来搞民法典，因为民法典比“两弹”更加重要。“两弹”为凶器，圣人不得已而用之；民法典为“祥器”，芸芸众生，不可一日无此君)。那么，让我们看一下利用本土的人力资源搞出民法典的可能性。

这一问题的本质，是民法典草案的组织方式问题和组织民法典草案所需要的人格资源和学术资源问题。先说民法典草案的组织方式问题。

世界民法典草案的产生模式，大致有三种。一种是下文将述及的德国式；另一种是由学

者独立提出草案的拉丁式，它在操拉丁语系语言的国家被采用较多，故名；最后一种是颇具特色的中国式。我个人认为拉丁式较好。

中国式是这样的：中国的民事立法的起草，主要是由全国人大法工委依部门法划分的常设的起草班子进行，这一班子由行政官员构成，而不是由学者构成。德国式的民法典草案的产生方式与此不同：第一，起草班子不是常设的，而是临时的，民法典一旦制定完毕，班子即告解散；第二，起草班子并不是纯粹地由官员构成，而是实行学者、律师、商人、官员的结合，以便综合各方面的意见，使制定的法律更加符合国民的法律意识。这样形成的草案，一般反映的意见都比较全面，都比较成熟，到立法机关或议会通过时，对草案的改动通常很少。当然，我国的全国人大法工委在起草民事法律的过程中，也适当吸收学者参与，并在草案形成之后，征求各有关国家机关的意见。但草案的最后定夺权与国外的草案的定夺权操之于由各种来源的人士组成的起草委员会的做法是不同的。可以说，我们的做法，具有更强的行政色彩。人大法工委的意见，较之于其他立法的参与者的意见，具有不同的分量。应该说，上述情况已经有一定的改善。中国的法学者，有过一次以我为主地起草法律的尝试，那就是统一合同法的起草。对这一尝试，褒贬不一，有人认为是成功的经验；有人认为是“一个失败”。不管怎么说，统一合同法的起草，与其他民事立法的起草不同，最初的草案，是由学者们拿出来的。这是一个由官员起草法律到学者起草法律的转变，使中国的民事立法的草案的产生方式向拉丁式迈进了一步。从世界民法典编纂史来看，这是一个纯粹的进步，因为大多数国家的民法典草案，尤其是拉丁国家民法典的草案，都是由学者提供的。瑞士民法典的草案是由欧根·胡贝尔提供的；如前所述，智利民法典的草案，是由安德雷斯·贝略提供的；西班牙民法典的草案，基本上是由加尔恰·哥业那提供的；委内瑞拉民法典的草案，是由胡里安·委索提供的；秘鲁民法典，阿根廷、荷兰、葡萄牙、巴西民法典的草案，都是由学者提供的，这样的例子不胜枚举。而且，在许多民法典的起草过程中，许多学者在同一时期或不同的时期分别提出自己的草案，立法机关然后采用一个学者的草案或将几个学者的草案加以综合，得出自己的民法典草案或民法典。合同法的起草，是由十几所高校联合产生一个草案，这是不够的。我认为，中国民法典草案的产生方式，应采拉丁式，应鼓励一个法学家或一所高校形成一个草案，最后形成几个或几十个草案，再由立法机关从中选择一个草案或综合许多草案形成民法典。这样可把民法典的制定从行政机关手中解放出来，变成一项纯粹的科学的研究活动，如此，可大大加快中国民法典的起草过程，并有利于消除行政专横对立法的不良影响。或有人问：一个人形成一个草案，谁有这样大的能耐？这种疑问，的确描述了一种现实。环视中国民法学界，能总揽全局起草一部民法典的人才，确实还没有人自呈其勇。许多人对制定民法典喊得很起劲，真要他起草一部民法典，他就蔫了。可见这样的人的经天纬地之才，仅在于呼吁上头制定民法典，而不在于自己制定民法典。原因在于，在这样的人的自我意识中，自己的角色仅仅是“小妾”，而不是民法典这一摊子事的主人。因此，上述问题稍经转换，就变成了这个问题：为什么中国民法学界没有能起草一部民法典的学者？这个问题，就是组织民法典草案所需要的人格资源和学术资源问题。试斗胆对这一问题加以分析。

上述现象的第一个原因是中国民法学者的人格资源欠缺，也就是说，中国的民法学者普

遍地缺乏立法者意识,仅仅满足于充当“小妾”。从罗马法一直到现代的大陆法系国家,法学家从来就是立法者。在优士丁尼关于组织编纂并颁布《学说汇纂》的 Tanta 和 Deo Auctore 敕令中,法学家就被称为“立法者”(Legislator)、“法的奠定者”(Conditor legum);法学家的著作,被称为“法律”(Lex),法学家的地位何等尊荣!事实上,在优士丁尼编纂的罗马法总成中,包括《学说汇纂》《法学阶梯》和《敕令法典》三部著作,前两部是纯粹的法学家著作;后一部是间接的法学家著作(因为它们也是由皇帝的以法学家为重要成员的工作班子起草的)。这样的安排,奠定了罗马法系法学家立法的传统。从上文提到的各国民法典起草者的名单中,我们可以看到这一传统一直在延续,形成了“从来由法学家立法”或“由法学家与立法机关共同立法”的格局。在这种传统的支配下,法学家在自己的研究活动中,以立法者自命,有为天下立范的胸怀。一旦受到委托,就有能力制定出来一部完整的法典。即使没有受到委托,也以上述胸怀制定出自己的民法典草案作为学术成果呈献给社会,由此又形成了私家制定民法典草案的传统。大量的民法典草案的出现,又使民法典的诞生变得容易。这种胸怀、这种精神,是中国的法学者所不具有的。对这一事实的论证,只要看一看中国迄今没有产生一部私家的民法典草案的事实就够了(只产生过一部私家的破产法草案)。原因何在?说来话长,至少可以从秦朝说到清朝。我想简单地回答这一问题:那就是前面多次提到过的中国知识分子传统的“小妾”心态。

第二个原因是中国民法学者的罗马法修养普遍不够。我们尽管已经假定要以本土的人力资源解决中国民法典的制定问题,但学术资源却不能以本土为限。就法典编纂的纯正意义而言,它是罗马法系的文化现象。大陆法系的民法典,脱离了罗马法制定的,还找不出先例。罗马法与现代民法典的密切联系,说明了民法科学的历史性。民法思考不仅是同时代的不同民族的法学知识分子的思考,它还是历史上不同时代的法学家的思考。“人生苦短,文艺千秋”,这是康德的感叹,也是人类的感叹和悲剧。这句话说的是,人在浑浑噩噩中要度过许多年华,懂事的时间本来就不长,可是,刚刚积累起一些智慧,死亡就降临了。而人类又没有能力把已经积累的智慧做成像一颗丸子一样的东西留给下一代吃进去,以避免后者重复浑浑噩噩的过程,于是,浑浑噩噩再度发生,重新学习,再次进入一个比较好的状态,再度降临死亡,智慧始终不能不受中断地延续。但是,尽管丸子一样的可以避免不断的学习过程的东西没有,但使人死而智慧不灭、便利学习过程的东西是有的,那就是书籍和传统,承续或接受一种传统,就是得到一种巨大的资源。从法学的角度而言,它可以使人不必经验所有的事物就能知晓它们,换言之,作为立法者的法学者,可以凭借它们为自己不曾经验的事物,利用先人的智慧立法。把罗马法与我们现在的民事立法和民法著作进行比较,我们可以看到,前者对生活问题提供的答案远远多于后者为我们提供的,这一事实证明了我们制定以详密为特点的民法典的极大的工具价值。

第三个原因是中国民法学者的外国民法修养普遍不够。民法思考不仅是历时性的现象,而且是共时性的现象,换言之,作为生活问题的民法问题,是同时代的所有国家的法学知识分子思考的问题。问题域的共同性,首先来自人类生活的共同性;其次来自传统的共同性。我国属于大陆法系,从属于罗马法传统,这乃是不争的事实。这些因素使我国借鉴外国

的,尤其是同法系的国家的民法理论和立法成为必要与可能。而且我们还必须承认的一个现实使这种必要更为加强:大多数与我们同法系的国家,在民法理论和立法上都比我们进步。我们没有经验的许多事务,人家已经经验并作过成功的处理,如果我们采用拿来主义,可少走许多弯路。但是,中国民法学者有能力对外国民法做深入研究的恐怕不多;即使有这样的能力者,把精力放在这样的事业上的,恐怕也不多。许多极有潜力的学者,把精力浪费在出铅字、赚钱上,这样的事业,可能更省力一些。

还可以举出一些原因。例如,形而上的偏好导致的对实证研究的忽略,使学术成果能为立法所用的少;非理性的思维传统导致对大纲性的立法的狂爱,对逻辑严密的理论区分的痛恨,结果是和稀泥和得来了劲,收不住手,干脆把性质相近而又不同的各种制度也和成一摊稀泥等,此文不是谈论这些问题的适当地方,从略。总之,君子求诸己,中国民法典制定的艰难曲折,法学者要多从自己身上找原因,多照照镜子,看到并承认自己的丑陋,自强不息,着力培养自己的健全人格并积累丰厚的学术资源。如此,情况才有望得到根本的改善。上面的言论得罪人多矣!作为责人者的我,在所责的对象中,也包括了我自己。因此,我组织了中南政法学院民商法典研究所,任务是藏、译、研究外国民商法典和有计划地编纂中国的民法典草案。我的打算是:在3~5年的时间内,提出我们研究所的中国民法典草案,以作为对我批判的诸种现象的一个改正。我相信,我们有可能、有能力完成这一任务,因为我们已经感到了羞耻!



论现代民法典的结构—功能模式^①

引言

现代民法典是学术研究的成果和精心构造的产物,因此,更能满足人对它们的需要,从而更具有价值,因为价值不过是客体能满足主体需要的属性而已。从立法技术来看,人对法典有正义(包括一般正义和个别正义,前者为对事物处理的广泛妥当性;后者为对事物处理的个别妥当性)、安全、效率、灵活、简短5种价值要求。它们存在着相得益彰的情况,例如,效率和简短便是一致的,法典的规定越具有普遍性,只对社会关系实行类的调整或规范调整,司法机关就不必因人司法,因事司法,法律的适用就越具有效率,能实现司法程序中时间的节约,同时,普遍性的规定方式使立法者不必在法典中规定细节,因此使法律条文的数目减少,实现法典的简短价值。此外,正义与灵活也有一致之处,追求法律的灵活性,使法律能追随不断发展的社会生活条件并与其保持协调,不外为了实现个别正义,使法典不致因时势变易而与具体的生活事实不相宜。但在更多的情况下,对法典的5种价值要求互相矛盾,顾此而失彼。

安全与灵活的矛盾。安全要求法典保持相对稳定,使其具有确定性。而为了满足灵活价值,法典必须通过设立不确定规定授权法官重新解释或补充法典,使之跟上时代的步伐。而法典的这种不确定规定不能使人们精确地计算自己行为的后果,从而影响法律的安全性。

安全与个别正义的矛盾。为了实现个别正义,必须对法典的普遍性规定根据特殊案件的具体情况变通适用。这种因事的司法影响了法律的可预见性而损害其安全价值。因为法律的适用产生了与当事人以外的人之预料不同的结果,从而使其怀疑法典的确定性。

效率与安全的矛盾。为了实现效率,法典只能提供具有普遍性的一般规定,不能就一切一般以外的情况一一提供行为规则。因此,人们常常会发现,自己将为的行为法律并未宣示其结果。同时,普遍性的规定虽然使法典条文的数目减少,但随着法典规定的具体性的降低,法律的解释任务就相应增加,在其实施过程中给予法官的自由裁量权也就增加。人的因素的增加,由于人相对于规则所具有的不确定性,影响了法律的安全性。

^① 本文原载《法学研究》1992年第1期。

效率与个别正义的矛盾。具有效率价值的规范一般人、一般事件的普遍性规定适用于典型情况时能导致正义,体现出一般正义性;但适用于特殊情况时却可能导致非正义,因而在实现一般正义的过程中牺牲了个别正义。

安全与简短的矛盾。安全要求立法者制定出尽可能多的规则,以便人们事事有所遵循。这样必然导致鸿篇巨制的法典,使简短的价值为之牺牲。成文法不过是防范法官任性的工具。法典规定越详密,对法官的限制就越大,法典规定越简略,对法官的限制就越少。法典规定的详略与法官的自由裁量权的大小成反比,这一定律概括了上述两项因素之间的函数关系。因此,法典向简短迈进一步,人民的安全就丧失一分,简短达于极致,就等于“无法司法”,就是人治,人民将毫无遮掩地暴露于权力行使者可能的任性面前。

灵活与正义的矛盾。灵活必然要求在法律运作中引入具有判断力的人的因素。而人基于自身的弱点,又有种种可能滥用法律而破坏正义。

显然,法律诸价值的互克性是它们之间关系的主流。在法典的诸价值中,如果其中的一项价值得到完全的实现,难免在一定程度上牺牲或否定其他价值。很难找到一个能够为人满意地确定法典内这5种价值比例关系的绝对标准。一部民法典,若能在一定的度上同时兼顾法律的各项价值,便达到了最优化。

在法律诸价值的关系的主流表现为互克的条件下,如何实现法典的最优化呢?任何使法典整体趋向于某一价值的考虑都会使这一问题永远不能解决。必须将法典分解为各具特质的部分,使它们分别趋向于法律的某一价值,如此才能减缓法律诸价值的互克性。因此,问题的关键在于寻找法典的合理结构,把法律的诸价值各赋形于一定的元件,使每一元件成为某一价值的物质承担者,通过发挥各元件的功能来实现法律的诸价值。同时建立一具有整合功能的元件,协调各元件之间可能发生的矛盾,使它们真正成为一个整体的构成分子而不是各自为战、互相矛盾,使系统的功能得以发挥。因此,把法典诸价值的矛盾由思辨领域带入实践领域,它就变成了一个立法技术问题。在我看来,所谓立法技术,不过是协调法律诸价值之间矛盾的艺术而已。运用立法技术,必然要将以抽象形态存在的法律诸价值分配到法典的物质构成元件上,通过各元件之间彼此配合与互相制约的关系,组成法典的结构—功能系统。“系统的各元件通过结构才组织为一个整体系统。结构越合理,系统的各个部分之间的相互作用就越协调,系统在整体上才能达到最优。”^①一定的功能之获得取决于一定的结构的设计,我们欲求得的功能是法律诸价值的协调,达到这一目的的手段是把法律的各项价值分配给法典内的各元件承担。结构是对系统内部元件设计方式的透析,功能是这种设计产生的效果。就民法系统而言,结构是各民法元件的设计方式,功能就是这种设计的民法元件所产生的价值。因此,民法系统之结构的合理设计一旦完成,它将具有整体性,能消除内部的冲突,实现民法的正义目的。现代民法典是由诸多法律规定组成的具有一定目的的系

^① 王雨田,控制论、信息论、系统科学与哲学[M],北京:中国人民大学出版社,1980:502.

统,它的结构可通过分析来求得,它的功能不过是其结构的运动的表现形式。因此,我们可以把对现代民法典的分析结果称为民法的结构—功能模式。

一、现代民法典的结构

法律的结构—功能模式理论是法哲学的研究成果,具有普遍的指导意义。通过运用法律的结构—功能模式理论,可将纷繁复杂的法律规定加以分解,抽象为几种彼此相关的要素,用于对法典进行分析,帮助我们理解法律各组成元件的功能并能动地加以运用。我认为,在现代民法典中,存在着以法律概念、法条、法律规范、基本原则为构成元件的结构—功能模式。

1.法律概念。法律概念指对各种法律现象的共同特征加以概括、抽象后形成的权威性法律范畴。法律概念的产生是人类思维能力进化的结果。法律概念反映客观事物的一般本质特征,穷尽地列举拟描述或规范的对象特征,但这并不意味着概念的设计者已完全掌握该对象的一切重要特征,他们可以为了某种目的取舍已认知的该对象的特征,并将保留下来的特征设定为该概念得以成立的充分和必要条件,而把其余的特征一概视为不重要。因此,法律概念的形成过程具有编纂性。同时,法律概念具有价值判断性,即其本身就体现了对其反映对象的肯定或否定。^①以法人概念为例。该概念本身即穷尽地列举了立法者选择的法人特征为:(1)依法成立;(2)有必要的财产或者经费;(3)有自己的名称、组织机构和场所;(4)能独立承担民事责任。全部具有这些特征的经济实体即法人,或缺其一则否。同时,该概念包含了对法人制度的承认这一价值判断因素,即承认法人制度为有利于社会经济的一种东西而予以肯定。法人制度在国外(《拿破仑法典》)和国内(经济体制改革之前)都有不被承认的经历的事实,十分有助于说明法律概念负载价值判断的性质。法律概念是进行法律思维的工具,运用法律概念,可减轻思维的负担,避免重复一些定式化的思维过程,而以概念本身为思维的起点。法律概念虽不规定具体的事实状态和具体的法律后果,但在多数情况下,每个法律概念都有其确切的法律含义和应用范围。当人们把某人、某一情况、某一行为或某一物品归入某一法律概念时,有关的法律规范和基本原则即可适用。^②

法律概念在法典的结构—功能模式中的主要功能是保障法律的安全价值。因为在排除立法者有意使用模糊概念的情况后,大部分法律概念是极为确定的。为了加强其确定性,立法者往往使用定义性规范,并出版权威性的官方法律辞书对立法者所使用的法律概念加以精确界定。这种情况下的法律概念其内涵和外延都有确定的范围,不易产生歧义。当法律

① 黄茂荣.法学方法与现代民法[M].台北:台湾大学法学丛书,1982:22-35.

② 沈宗灵.现代西方法律哲学[M].北京:法律出版社,1983:86.