

韩世远 著

民法的解释论 与立法论

清華法學文叢



清華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

平法學文叢

韩世远 著

民法的解释论与立法论




法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法的解释论与立法论 / 韩世远著. —北京: 法律出版社, 2015. 1

ISBN 978-7-5118-7427-6

I. ①民… II. ①韩… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 005245 号



责任编辑 刘文科 李峰云

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 23.25 字数 366 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7427-6

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

韩世远

1969年 出生于江苏省丰县
1991年 吉林大学法学学士
1994年 吉林大学法学硕士
1997年 中国社会科学院研究生院法学博士
1997年 中国社会科学院法学研究所助理研究员
1999年 中国社会科学院法学研究所副研究员
2001年 清华大学法学院副教授
2005年 清华大学法学院教授

曾先后在日本（法政大学法学部）、德国（马克斯-普朗克外国私法与国际私法研究所）和美国（哈佛大学法学院）访问研究。

主要著作有《合同法总论》（法律出版社，2004年初版，2008年2版，2011年3版）《合同法学》（高等教育出版社，2010年版）《履行障碍法的体系》（法律出版社，2006年版）《违约损害赔偿研究》（法律出版社，1999年版）

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 重建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心的对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

自序

论文集可谓学人学思的“收纳箱”。收录论文应依一定的规律加以编排,让它们看起来并非杂乱无章,而是呈现一定的秩序。这本小书,作为作者的第一本文集,依“解释论”与“立法论”,收纳作者发表过的部分篇什。所涉内容,以合同法为主,兼及物权法及侵权法。

编辑文集,从作者个人角度,敝帚自珍,通过“收纳”,如同整理居室而使之“焕然一新”,为无趣的生活增添一些趣味;或进而用以自励,自有积极的意义。但这种意义相较其于读者的意义,终归算是小的。说到底,之所以要将论文“收纳”于一集,是要方便读者的查找和阅读。这一点,纵然在知识传播途径越发多样化和便捷化的今天,依然成立。

论文一经公开发表,便成了一种思想“产品”。2012年笔者曾有幸到访芝加哥大学法学院并见到了科斯(Ronald H. Coase, 29 December 1910 - 2 September 2013)教授,在短暂的面谈中,这位虽未到过中国却对中国非常感兴趣的102岁老人向我讲解“思想市场”的观念,深具启发性。循此思路,法学学人所发表的文论,不过是法学“思想市场”上不同的“产品”,这些“产品”有不同的“消费者”:立法者、裁判者、律师、法学学人等。“产品”一旦投放市场,便成为消费者评价的对象。卖瓜的王婆能否把瓜卖出去,当然不能仅仅依靠自夸。“思想市场”上的“消费者”,并不是“弱”而“愚”的一族,除非他买书只是为了摆在书架上装点门面。本论文集所收录的篇什,一不小心,有的被最高人民法院的裁判者所看中并采用。这对于作者本人而言,就像不仅有人买了瓜而且还夸奖瓜甜一样,感觉到了学人的幸福。

归入“解释论”的作品,其主要目标读者是裁判者、律师及法学学人;归入“立法论”的作品,其主要目标读者则是立法者。从收录论文数量的对比

来看,笔者近年写作主要集中于解释论和合同法;关于宅基地的论文,虽属偶尔为之的立法论及物权法文字,在“中国知网”期刊数据库检索中,其“被引”量远超合同法方向的论文,难道不是件吊诡的事情?

收录的论文,基本保持原样(个别外国人译名略作调整或补充信息;另外,不排除个人电脑中存储的文本与经过杂志编辑后的文本存在些许差异的可能,这类差异,非笔者刻意所为)。法律出版社编辑认真负责的工作使其更为完善;清华大学法学院博士武腾,博士生杨帆、鲁润芫、王婕,硕士生陈新平、向雅萍亦进行了辛苦的校对,在此一并致谢!

思想产品一旦投放市场,便成了一种被记录的客观存在。后来进一步修改,属于二次创作。两种做法,各有优劣。选择前者,其实是一种偷懒的做法。这次,且偷懒一下吧。附近 Fresh Pond 秋意正浓,正好沿湖散步。

韩世远

2014年10月7日

美国麻省剑桥旅次

初 出 一 览

- 民法的解释论与立法论(《人民法院报》2005年5月18日第5版)
- 无权处分与合同效力(《人民法院报》1999年11月23日第3版)
- 合同内容的适法性与妥当性(《月旦民商法杂志》2012年第6期)
- 情事变更原则研究——以大陆法为主的比较考察及对我国理论构成的尝试(《中外法学》2000年第4期)
- 情事变更若干问题(《中外法学》2014年第3期)
- 不可抗力、情事变更与合同解除(《法律适用》2014年第11期)
- 构造与出路:中国法上的同时履行抗辩权(《中国社会科学》2005年第3期)
- 试论向第三人履行的合同——对我国《合同法》第64条的解释(《法律科学》2004年第6期)
- 由第三人履行的合同刍议(《浙江工商大学学报》2008年第4期)
- 违约金的理论问题——以《合同法》第114条为中心的解釋论(《法学研究》2003年第4期)
- 违约金的理论争议与实践问题(《北京仲裁》(2009年第1辑,总第68辑))
- 出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法(《中国法学》2007年第3期)
- 租赁标的瑕疵与合同救济(《中国法学》2011年第5期)
- 减价责任的逻辑构成(《清华法学》2008年第1期)
- 建筑物责任的解释论——以《侵权责任法》第85条为中心(《清华法学》2011年第1期)
- 民事法律行为解释的立法问题(《法学》2003年第12期)

宅基地的立法问题——兼析物权法草案第十三章“宅基地使用权”(《政治与法律》2005年第5期)

损害赔偿:中国法的体系、问题与立法改进(《学海》2006年第1期)

重申一般侵权与特殊侵权(《学习与探索》2010年第1期)

目 录

初出一览	001
民法的解释论与立法论	001

第一部分 民法的解释论

无权处分与合同效力	007
合同内容的适法性与妥当性	012
情事变更原则研究	
——以大陆法为主的比较考察及对我国理论构成的尝试	028
情事变更若干问题研究	063
不可抗力、情事变更与合同解除	090
构造与出路：中国法上的同时履行抗辩权	102
试论向第三人履行的合同	
——以《合同法》第 64 条为中心的解釋论	127
由第三人履行的合同刍议	151
违约金的理论问题	
——以《合同法》第 114 条为中心的解釋论	159
违约金的理论争议与实践问题	182
出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法	203
租赁标的瑕疵与合同救济	239
减价责任的逻辑构成	261
建筑物责任的解釋论	
——以《侵权责任法》第 85 条为中心	284

第二部分 民法的立法论

民事法律行为解释的立法问题	311
宅基地的立法问题	
——兼析物权法草案第十三章“宅基地使用权”	323
损害赔偿:中国法的体系、问题与立法改进	334
重申一般侵权与特殊侵权	353

民法的解释论与立法论

民法理论大致可以区分为两类：解释论与立法论。民法的解释论，是通过解释既存的民法规范而形成的理论，其目的在于正确地理解和适用民法规范。民法的立法论，是围绕着如何设计出合理的民法规范或者如何改进既有的民法规范而发表的见解、观点和理论，其目的在于指导或者影响民事立法实践。

进行民法解释论的作业，是要遵循一定的解释方法的，这些方法也就是民法解释方法，而研究这些方法的学问也就是民法解释学或者法学方法论，它大体包括狭义的法律解释方法、法律漏洞的补充方法等内容。民法解释学或者法学方法论之所以成为一门学问，当今的民法学者之所以强调这门学问，一个很重要的原因在于，要为法律的解释适用及相关问题探寻出一套大致可循的章法，并以此来确保法律的适用具有统一性和可预测性；否则，解释适用法律规范而不循章法，你这样解释，我那样理解，不免产生混乱，法制的统一也就无从谈起。

民法的解释论既强调遵循一定的章法（解释方法），从事此项作业者，发表任何言论和见解，都要强调有根有据、循规蹈矩，不能凭空而来、妄下断言。这就首先要求胸中掌握中国现行有效的民事法律体系，明了何为现行有效的民事法律规范；进而判断对于所要解决的问题，是否有现成的法律规范可以援引适用；如果没有现成的法律规范可以适用，才是探讨在现有的框架下如何填补法律漏洞的问题。

如果说民法解释论所关注的是民法规范的现实结构，民法立法论所关注的则是民法规范的理想状态。因而，与解释论相比，立法论的拘束要少一些，发表立法论见解者可以天马行空、任意发挥，只要能够言之成理、自圆其说。

因而,你可以参考英美法系的做法,我可以推崇大陆法系的实践,可以公说公理,婆说婆理,不必强求意见一致、观点统一。

解释论与立法论既有上述差异,法律人就应当有鲜明的区分意识,不可乱用。

对于法官而言,作为法律的实践者,是要运用民事法律规范解决现实的纠纷和问题,因而所要运用的正是民法解释论。比如,审理名誉侵权案件时,在《民法通则》及最高人民法院的相关司法解释中,均是使用“公民”(或自然人)与“法人”这样抽象的概念,特别是对于公民或者自然人,没有区分是否属于“公众人物”,更没有因为某人是所谓“公众人物”而在法律效果上有什么区别对待。既然如此,法官裁判相关案件的时候,就不应随便超越现行法的规定,直接讨论当事人是否属于“公众人物”,进而赋予不同的法律效果,这样才算是遵循解释方法,符合解释论。至于应否借鉴美国判例法限制“公众人物”名誉权及保障言论自由的做法,目前只属于立法论层面的问题,是在讨论立法问题时始应予考虑的问题。如果作为裁判案件的法官,在头脑中缺乏这根弦,直接套用美国的做法,就是混淆了解释论与立法论,错把中国当美国了。

读者或许会以为我视法官为“适用法律的机械”,否定司法的能动性。其实不然,关键是如何认识此处的能动性。强调司法能动性的见解,往往是以英美法作为参照的范本。普通法是由法官创造和建立起来的,法官在法律发展中发挥着引领潮流的功能。而大陆法系的司法传统展现的则是与之有着相当差异的另一图景,正如美国学者梅利曼所称,与普通法系法官相比,大陆法系法官的作用颇受限制,其地位也大为逊色。他甚至把普通法称为“法官法”,把大陆法称为“法学家的法”。我国属于大陆法系,立法与司法的分立以及“法律见于成文”的现实,决定了法官的功能就是适用法律。美国的法官有权决定立法是否违宪、是否有效,在我国就不好照搬套用。当然,我国的审判过程也并非完全被框于学究式的形式逻辑三段论之中(即成文法规范是大前提,案件事实是小前提,判决是逻辑推论的结果),在把法律规范与案件事实结合的过程中,法官仍然有着相当程度的能动性。要得出符合法意与人情的判决,很多时候要运用自己的生活经验和人生阅历,而在法律存在漏洞的场合,更能体现这种能动性。即使如此,必须强调的是,填补法律漏洞仍然是一种解释论的作业,仍然必须遵循解释论的章法。

民法的解释论与立法论的区别,不仅法官应当注意,对于法学教育而言,对

于法学教师和学生而言,也是必须清醒地加以区分的。教师糊涂,学生必受其影响;学生糊涂,也就难成为合格的法律人。我们有时会遇到这样的情形,有的人谈起德国民法如何、日本民法如何、英美合同法或者侵权法如何,头头是道,好像很是了解,一旦被问到中国法如何时,则或者茫然不知所措,或者支支吾吾,语焉难详,甚至把外国法当成中国法。如果是外国人,倒也情有可原,可惜这样的人往往是根本没有到过外国的中国人。如此嘴上夸夸其谈,其实仅有半瓶子醋,又如何称得上是个合格的法律人?如果我们的法学教育所培养出来的多是些这样的“纸上谈兵”之人,那我们的法学教育真的是出了问题。

我们有时也会见到这样的情形,有的法学教师喜欢说中国法这里不好、那里不行,中国法落后,不如外国法。老师的言谈又影响到了学生,以致刚入大学校门不久的学生都跟着对新近出台的立法品头论足,一副指点江山、挥斥方遒的派头。如果这样的风气盛行,将会带来很多不良的后果。对于我们的法律,如果习法之人都不尊重,将来又如何很好地应用?敬法者始能成为护法者,法律一旦成为法律,就意味着权威,就必须得到尊重,学习之时,当有敬畏之感。学习的路径应当是由解释论入手,学习的重点也在于解释论,适当兼及立法论。在这里,我们尤其需要强调解释论,重视解释论。毕竟,我们所要造就的法律人才,更多的都是要走上应用法律的岗位。

法律人各自应有明确的角色意识,法官的分内之事在于解释和适用法律,而不在于审查法律或者“造法”(即使是填补法律漏洞,在欠缺“先例拘束”的前提下,法官确定的规则亦非具有普遍拘束力的法),正所谓“君子素其位而行,不愿乎其外”。不然的话,大家都来审查法律,或者大家都来“造法”,天下岂不大乱?

法律人的养成,不是几年专门的法学教育所能终结的。法律人应当长期加强自我修养,甚至这也可以说是一种“终身教育”,是一种“功夫活”。对于法官而言,就是要有意识地掌握民法解释方法、锻炼解释能力,平时多读一些解释论方面的著述(不仅限于方法论),一步一步进行,“君子之道,辟如行远,必自迩;辟如登高,必自卑”,说的就是这个道理。

(发表于《人民法院报》2005年5月18日B1版)