



民商法评论

MINSHANGFA PINGLUN

第6卷
(2017)

主编 / 田土城

 郑州大学出版社



民商法评论

MINSHANGFA PINGLUN 第6卷

主 编 / 田土城

副主编 / 张付领 申惠文

(2017)

图书在版编目(CIP)数据

民商法评论. 第6卷/田土城主编. —郑州: 郑州大学出版社, 2017. 7

ISBN 978-7-5645-4568-0

I. ①民… II. ①田… III. ①民法-中国-学术会议
IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 157203 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人: 张功员

全国新华书店经销

新乡市豫北印务有限公司印制

开本: 787 mm × 1 092 mm 1/16

印张: 19.75

字数: 446 千字

版次: 2017 年 7 月第 1 版

邮政编码: 450052

发行部电话: 0371-66966070

印次: 2017 年 7 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978-7-5645-4568-0

定价: 58.00 元

本书如有印装质量问题, 由本社负责调换

一、民法典编纂的基本理论	1
中国民商法典编纂的重大疑难问题——附《中华人民共和国民商法典“通则编”草案建议稿(黄河版)》	王明锁 3
中国民法典编纂与社会诚信体系构建之契合与互动	尚国萍 44
论中国编纂民法典的现实思考	王少禹 56
中国古代缘何没有民法典	王静雯 林 洁 61
论中国民法典编纂的汉语思维	申惠文 66
《民法总则》立法目的条款设计的统计学思考	韩新磊 78
二、民法典与其他法律的关系	85
商行为的泛化及其法律规制——兼论民商立法的分与合	张宗敏 87
民法学方法论视角下民商关系研究	杜志勇 92
商法思维下构建股东除名制度之我见	刘建新 100
刑法第 140 条出罪后的民法思考	张盼明 107
非法集资中间人定性研究及民事责任分析	曹 宁 114
论民法请求权在宪法请求权概念形成中的基础性作用	张占杰 120
民法典编纂背景下宪法和民法关系的新思考	张文艳 128
三、民事主体	135
代孕生育亲子关系立法模式的比较分析	任 巍 137
《民法总则(草案)》胎儿利益保护规范的思考	李桂敏 148
法人类型化的功能意涵与模式顺位	刘 斌 155
论民法典法人分类的体系化建构	王 康 163
民法典中宗教组织法律地位研究	张朋竹 178

有限责任公司股东申请强制清算实务问题研究	翟宝红 张 倩	188
----------------------------	---------	-----

四、民事权利	199
--------------	-----

《民法总则》如何规定民事权利	许海峰	201
人格权不可独立成编的理由	李雪茹	208
个人信息立法研究	李宏阳	214
家庭承包经营权入股公司的法律冲突与协调	赵 宁	222
农村土地经营权抵押法律问题研究	李 星	229
论网签的预告登记效力	袁 昊	237
试析中小企业民间借贷的问题及立法防治	田 竞	242

五、民事行为	249
--------------	-----

通谋虚伪表示及其立法取舍	石红伟	251
论意思表示错误制度的构建	敦蓓蓓	263
情事变更原则中不可归责要件的分析与证成	张 永	270
再论《民法典》自助行为制度的构建	李宏伟	286
街区制改革中《物权法》面临的困境与出路	刘奕彤	294
街区制模式下《河南省物业管理条例》之修订	张 昱	302



民法典编纂的基本理论

中国民商法典编纂的重大疑难问题

——附《中华人民共和国民商法典“通则编”草案建议稿(黄河版)》

王明锁^①

【摘要】 要编纂出真正具有中国特色、中国气派的社会主义民法典,面临着诸多问题。制定民商法典,开创民商立法的新路径,调整对象的表述应当由笼统民事关系,转变为具体市场要素和民事法律行为。不能固守“单纯的私”的传统理念,坚持“公私须兼备”的时代要求。结构上采取六编制:通则、人身权、物权、知识产权、继承和债。《中华人民共和国民商法典“通则编”草案建议稿》(黄河版)二百二十六个条文,共分为七章:原则与适用、民商主体、民商客体、民商权利、民商行为、民商责任、民商责任时效。

【关键词】 民法典 民商法典 民商法律行为 通则编 草案建议稿

党的十八届四中全会提出了“加强市场法律制度建设,编纂民法典”的伟大任务,再次吹响了编纂中国社会主义民法典的嘹亮号角。新中国的民商立法,特别在改革开放以来,取得了举世公认的巨大成就,但毕竟尚未形成民商法典。^② 编纂民法典当采何种模式,具何种品质特色,体系内容怎样,这些问题皆须深入探讨。

一、中国民商法典编纂须在世界民商法之林占一席之地

民商法典编纂源于古巴比伦的《汉穆拉比法典》。^③ 罗马法时期,法典编纂与研究空

^① 王明锁,河南大学法学院教授。

^② 王明锁:《中国民商法体系及民商法法典化的再思考》,载《中国法学》,纪念改革开放30年专刊,2008年。

^③ 《汉穆拉比法典》共282个条文,属民商法内容的条文237条,占总条文的84%。具体统计分析参见王明锁:《中国民商法体系哲学研究》,中国政法大学出版社,2012年版,第107页。



前繁荣,私家编纂法典者甚为常见。^①直至查士丁尼《民法大全》达到巅峰,对后世影响深远。资本主义时期,拿破仑于1804年编纂《法国民法典》,分编颁布,洋洋2283条,成为民法典编制之典范;^②于1807年制定《法国商法典》,创民商分立之模式。德国亦采民商分立之模式。1907年通过的《瑞士民法典》,则采民商合一模式,民法典之外并无独立之商法典。此后,有效仿法国、德国民商分立者,如日本;有追逐瑞士民商合一者,如苏俄、泰国、越南。罗马法的直接后继者——意大利则尊其传统,坚守民商合一,只制定《民法典》,并将劳动、公司、知识产权等编纂其中。

中国向有法典传统。新中国成立伊始,1950年率先颁布《婚姻法》,1954年宪法颁行,即开始起草民法典,并于1956年完成。1962年二次起草民法典,1964年完成。党的十一届三中全会后,1979再次起草民法典,1980年形成民法草案稿;在此基础上,1981年形成草案二稿、三稿,1982年形成草案四稿。真可谓紧锣密鼓,即成现实。但社会快速变革,以致民法典难以有效表达,故1985年不得不先行单独颁布继承法,并于1986年制定了具有民商法总则或民商法典压缩版性质的《民法通则》。新千年民法典编纂重启,并于2002年经全国人大审议《中华人民共和国民法(草案)》。但终因问题复杂而未能成功。^③但值得注意的是,在民法法典化进程中,不仅颁行了大批民商单行法律,还形成了几个各具特色的民法典草案稿,^④为中国民法法典化进程起到了积极的推动作用,对繁荣民法典的学术研究具有重要价值。特别是现今民法学研究会正起草的《中华人民共和国民法典总则编草案稿》,更成了中国民法典编纂的现实。

由上可知,民商法典之编纂,既是近现代国家法治完善之必然要求,也是我国传统之延续。因此,我国民商法典的编纂,不仅是社会主义法治建设的不二选择,更应当在世界民商法之林中占有一席之地。

① 如《格列奇利法典》《赫尔莫杰尼安法典》《狄奥多西法典》和以后的各种法典加以统一。参见曲可伸:《罗马法原理》,南开大学出版社,1988年版;王明锁:《查士丁尼与〈民法大全〉的编纂》,载《河南大学学报(社会科学版)》,1998年第1期。

② 马克思、恩格斯称之为“典型的资产阶级社会的法典”,“成为世界各地编纂法典时当作基础来使用的法典”。参见《马克思恩格斯全集》(第4卷),人民出版社,1958年版,第248页,第484页。

③ 笔者将新中国民法典的编纂概括为“三起两落久徘徊,过一甲子未成功”的状况。参见王明锁:《中国民商法体系哲学研究》,中国政法大学出版社,2012年版。也有学者将之概括为“四起四落”。参见尹田:《中国民法典编纂的障碍及其克服》,载《北方法学》,2015年第4期。

④ 分别有中国社会科学院法学研究所梁慧星为组长形成的《民法典草案稿》,中国人民大学王利明为组长形成的《民法典草案稿》两个专家建议稿和全国人大法工委在专家草案稿基础上形成的《民法典草案》,这三个草案稿通常被称为官方版本或者红色版本。除此之外,厦门大学徐国栋教授牵头形成的《民法典草案》,被称为海洋版本或者绿色版本。参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社,2003年版;王利明:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社,2004年版;徐国栋:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社,2004年版。



二、法典模式——由“民法典”到“民商法典”

法典模式是指民法典与商法典的关系问题。自法国民法典与商法典颁布以来,长期有民商分立与民商合一之争论,立法上各有代表。编纂法典过程中,即使现在搁置不论或者不许争论此问题,^①但终究还是难以回避。^② 笔者主张应当突破传统民商分立与民商合一的束缚,开创民商立法的新路径。^③

汉穆拉比法典和罗马法乃民商合一之源。民商分立,本在对中世纪商人利益之特别保护。随商品经济占主导地位而具有普遍性即马克思所说的“普照之光”之时,商人特殊利益便失去其特有基础,才有法德民商法律制度的统一。^④ 在我国,民商合一符合市场经济要求,顺应现代平等正义精神,立法司法上协调顺畅、成本节俭,适用上便捷明了。

“民为商之根本,商为民之生命”^⑤,民商难解难分是不争之事实,故民商合一当为固有坚定之主张。然民法本以商品经济(市场经济)为根本对象,但法典名称上却未彰显,于闻其名而晓其意,观其形而知其实论之,则甚为不利,由此长期为民商分立留下口实。同时社会生活中“商品、商业、商事、商人、商标”等,亦为普遍通用范畴,不得也难以其他取替,故中国民法典制定采“民商真正合一”当为最佳选择。

所谓民商真正合一,乃法典名称上取民商两意,有民有商、合而为一,谓《中华人民共和国民商法典》。此,远者,承袭着世界古汉穆拉比法典和罗马法之本;近者,继载着国外瑞士、苏俄、特别是意大利、泰国等立法的有益经验及我国传统民商法思想的价值取向,并有对民商分立教训的克服和对民商合一经验的升华;目前者,契合了最大多数民商合一的立法论者,也吸纳了少数民商分立者的意愿;未来者,既容纳了我国台湾传统民商合一的做法,包容了澳门民商立法的理念,与香港(英美法系)中以商盖民的做法也能调和,更与已称民商法典国家的立法拉近了距离,特别是凝聚着中国当代市场经济规律的地气和闪现着大众创业万众创新思想的灵光。

① 尹田:《中国民法典编纂的障碍及其克服》,载《北方法学》,2015年第4期。

② 在主张制定民法典的同时,主张制定商法典或者商事通则者仍不在少数。有学者从有民法学研究会和商法研究会的角度着眼,认为民法典和商法典乃车之两轮和鸟之两翼。若以此立论,有经济法学研究会,也必然要制定经济法典的。但对相关观点平心认真研究后即会发现,主张商法独立并不在其具有科学合理的依据,而在为其打造地盘和学术位置。参见王明锁:《论账簿及其法律关系的性质——兼论商事通则的不可行》,载《法学杂志》,2012年第5期;王明锁:《票据法学》,法律出版社,2007年版。

③ 王明锁:《中国民商立法及其模式选择》,载《法律科学》,1995年第5期。

④ 应当注意的是,法国、德国虽然在民法典之外单独制定有商法典,但其商法典只是民法典的附属性法典,其精神与民法典一致,都统一于所谓的私法范畴之内,商法典未有规定者,完全适用民法典之规定。其所谓的民商分立,也不同于我国现代有的民商分立者的主张。

⑤ 王明锁:《中国民商立法及其模式选择》,载《法律科学》,1995年第5期。



三、法典对象——由笼统民事关系到具体市场要素和民商法律行为

我国民法理论与立法都将民法的调整对象确定为“民事关系”或“平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”,而没有将行为作为民法的直接规范对象。但法律是“行为规范的总称”。^①由此出现民法的对象与法律规范的对象不一致的情形。尽管二者有关联,但将调整对象规定为民商主体行为更具意义。

首先,有利于与一般法律的性质保持一致性。如果将民法的对象也规定为对民商事行为的规范,则直接明了,也与法律的一般性质保持一致,并使整个法律体系的对象相协调。

其次,可避免民事关系类型化中的矛盾。通说将民法对象规定为民事关系,并类型化为财产关系和人身关系,以此将民事权利区分为财产权和人身权两类。但于知识产权上,又说知识产权既包含财产权,也包含人身权。另外,人身权本质上与财产联系密切。^②如此,知识产权、人身权是否为独立一类将成疑问。而如果将民法对象从行为角度着眼,则可避免“财产与人身”二分制方法在知识产权等领域中所遇到的逻辑尴尬。

其三,可与民法规范的实际内容更加协调一致。从民法调整的实际范围看,其内容主要是民法总则、物权、债权、亲属和继承中的各类行为。从行为的角度着眼,可包括行为之主体、客体、种类、后果。从民法实际的规定内容看,民法首先是对民商主体资格的认定;取得民商主体资格后,民商主体享有哪些民商权利和义务,可以进行哪些具有民商法律意义或后果的行为;民商主体是通过什么样的民商行为来设定、变更或消灭民商权利和义务的;如果违反民商义务,将给民商主体带来什么样的后果,即承担什么样的民商法律责任。这样,民商主体进行商品经济的基本条件与各种行为的基本规则都将被放入其中,并使现代行为主义哲学思想得到凸显,与中国法律为“行为规范”的观点相切合。

其四,传统理论将民法的调整对象界定为平等主体之间的财产关系和人身关系,也有现实漏洞。原因在于平等主体之间的财产关系和人身关系实际上并非只是民法的调整对象,刑法、行政法亦有涉及:刑法保护的公私财产,都是民商主体的合法财产;刑法中规定的侵害人身权利的犯罪,都是对民商主体的人身权中的生命权、健康权、自由权、名誉权、隐私权等进行的的规定和保护。所以,民法与其他相关法律的区别,并非在对象上有区别,实际上更重要的是在调整方法上的差异;并不是简单地在规范和调整民商主体之间的关系,而是涉及和规范到诸多的具体行为。如民事事实层面的行为、民事权利义务

^① 法律的基本概念即为国家制定或认可并由国家强制力保证实施的体现统治者(在我国为共产党领导的最为广大的人民群众)意志(该意志是由其赖以生存的社会物质文化生活条件所决定)的行为规范的总称。参见《中国大百科全书》(法学卷),中国大百科全书出版社,1984年版,第76页。

^② 魏振瀛:《民法》(第四版),北京大学出版社、高等教育出版社,2010年版,第10页,第36页。



方面的行为、民事客体行为、民事违法行为及民事责任行为等。^①

综上,可以把现行民法通则中规定的“民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”,改革拓展为“确定民商主体资格,规范民商法律行为,界定民商权利义务,明确民商法律责任”等。如此,更为确切明了,便于认识把握,其体例与表述也将气派大方而不致琐碎,内容翔实明白而不致空泛含混。

四、法典性质——由“单纯的公法”“单纯的私法”到“公私须兼备”或“公私不必分”

关于民法性质,多认为民法是私法^②,但于法典编纂中,无须顾及于此。

首先,民法既然为法,即为公私兼容之结果。所谓民法,自当为法,必有“统治者意志”之特质,为集体意志之表现。民法是私法的观点在理论和实践许多情况下会制造出不必要的矛盾和难题。对此,似乎根本没有必要强调民法为私法。具体理由如下:

第一,公法与私法划分源于罗马法,^③是法学理论的重要范畴。但公法私法划分,自其产生起,即从来没有停止过争论,其划分标准从未有过统一。因法律本身乃统治阶级意志,为最为广大的人民群众的个人利益和意志上升为国家或者统治者的意志的体现,是最为广大的多数人之意愿,是私人个人意志之间的相互妥协之结果。所以,既然多数个人的意志已经上升为法律,以民法的形式出现,就不好再说民法是私法,纯属私人利益之体现。

第二,在主体体系中,国家也是民商主体,尽管在民商法关系中,国家也是以平等主体的身份出现,但国家作为民商主体,享有民商权利,参加民商活动,则是代表着国家的利益和意志,这种意志和利益,并不是某个私人的利益和意志,而是全体人民的共同的或者至少是绝大多数人的共同的利益和意志。这种情况下,也不好说民商法就是对私人利益的调整,是私法。

第三,关于民法是私法的观点,曾受到诸多质疑。最著名的是列宁曾经反对私法的观点。认为“社会主义国家……无论如何不承认私法……经济领域的一切事项属于公法的范围,不属于私法的范围”^④。列宁的说法虽然有两点需要推敲:一是说我们不承认私法。这里公法私法的划分应当是一个客观存在的问题,如果客观上确实存在着科学的公法和私法的问题,不承认便是主观认识问题,而问题是客观上有没有公法和私法。如果

^① 如主体订立合同、遗嘱的行为,主体对物的占有、利用等支配行为,一方对另一方的请求行为,侵害他人权利利益的行为,应当承担的返还原物、赔偿损失、赔礼道歉等行为。参见王明锁:《民事法律行为的守成与完善》,载《北方法学》,2013年第1期。

^② 魏振瀛:《民法》(第四版),北京大学出版社、高等教育出版社,2010年版,第10页。

^③ 罗马法认为:“法律学习分为两部分,即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。”参见[罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆,1989年版,第5页。

^④ 列宁:《列宁全集》第3卷,人民出版社,1984年版,第258页。



客观上有,我们硬不承认,那是自欺欺人。再说经济领域的一切事项都属公法范围。在纯粹公有制年代,确实一切都属公法。但民法里面许多内容属私法,如财产中的生活资料仍归个人所有。列宁领导制定的苏俄民法典,除婚姻家庭问题外,物权、债和继承仍为传统法典之内容。但实际情况是婚姻家庭问题也并非全属私法。如婚姻年龄,本质上虽取决于人之本性,但也体现着国家整体利益,涉及人口与发展问题。婚前检查的理论与实践,也不全是私人之事,而关系到人口质量和社会问题。所以,说一切都属公法不全面,但硬是要把民法说成是私法,更是片面且脱离实际。

许多民法理论教材上,都一边倒地说民法是私法;许多法律院校和科研部门,也多设专门的私法研究中心或研究所之类;许多学者强调民法是私法,似乎这是绝对真理和科学定论,是解决侵犯个人权利问题的金钥匙,似乎一切社会问题只要从民法是私法的角度认识就会迎刃而解。但正确的做法应当是无论公有还是私有,只要是合法财产,就应当给以平等的保护。

其次,公法私法之划分并无价值意义。在公法和私法的划分中,通常认为诉讼法属于公法范畴。但在具体论述私法的时候,又说民事诉讼法是私法。诉讼法中设立的审判、执行,本来是为了统一国家的司法权,是通过国家的审判权来维护正常的解决纠纷的秩序的,这实际上是国家利益和公共利益所在。至于现在有国际公法和国际私法的学科和划分标准,那只是历史习惯而已。因为如果法被一分为二,划分为公法和私法是科学的,如果必须将所有的法都划分成国际公法和国际私法,那么国际经济法又为何独立?国际经济法、国内经济法究竟是公法还是私法?如果私法和公法都涵盖不了,那此种划分有何价值和用途?司法适用上,在统一的法治原则下,每个法律部门都有各自的原则,并不是所谓的公法都适用公法原则,所有的私法都适用私法原则。如今在传统民法的基础上出现独立的劳动法部门。民法适用的基本原则是平等、自愿、公平、诚信等,而劳动法的基本原则^①,与民法的平等自由原则,经济法的调控原则,行政法的依法行政原则都有明显区别。如此,劳动法属于何种范畴?可见,在现代社会,划分公法和私法没有价值。特别是在我国,强调民法的私法性质,弊大于利。故此在制定中国民法典的理念上,应当甩掉传统观念的束缚,一切从实际出发。

五、法典原则——由矛盾分散到和谐统一

民商法原则,是民商立法、司法和行为活动的基本准则,贯穿于整个民商法律规范,为民商立法指导思想之延展,民商法精神之凝练,也是民商法观念最集中之反映。

^① 通常认为劳动法的基本原则是维护劳动者合法权益与兼顾用人单位利益相结合,贯彻以按劳分配为主的多种分配方式与公平救助相结合,坚持劳动者平等竞争与特殊劳动保护相结合,实行劳动行为自主与劳动标准制约相结合,坚持法律调节与三方对话机制相结合的五项基本原则。参见郭捷:《劳动法与社会保障法》,法律出版社,2011年版。



对法律之基本原则,罗马法最早论及,认为“为人诚实,不损害别人,给予每个人他应得的部分”^①。对法国民法,学界多以所有权绝对、契约自由和过失责任为其三大原则。^②一部法典无论有无明确基本原则,其内容欲协调一致,各种规则与价值观念应当不产生矛盾,应当反映时代精神。

《民法通则》规定其基本原则为平等,自愿,公平,等价有偿,诚实信用,合法民事权益受保护,遵守法律政策、尊重社会公德,不得损害社会公共利益、破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。^③而在后来的民法理论上,通常把民法的基本原则概括为平等、自愿、诚信、禁止权利滥用、公平和公序良俗。^④《民法通则》的基本原则是对于其下民法均适用,但在其中的不少单行法律中,都仍然规定相应的原则,如物权法中的物权法定、平等保护、婚姻、继承法中的男女平等,合同法、证券法中的诚实信用等。这使得民商法律中的原则彼此重复、矛盾。对彼此重复者,编纂中自然可以省却;而对彼此矛盾者,必须有所取舍。

大陆法系的民商法基本原则都统一于所谓的私法范畴。但是在我国,为了使商法独立,理论上强调商法原则不同于民法原则,认为商法之所以能够独立,重要原因之一就在于它具有区别于其他部门法的基本原则。^⑤商法的基本原则是对商法通则立法时必须优先解决的问题之一。^⑥认为商法的基本原则包括商主体法定,维护交易公平,保障交易迅捷,保障交易安全;^⑦或者强化商事主体、维护交易公平、保障交易安全、提高交易效率。^⑧可以看出,这些所谓的商法原则,无不是民法或者法律基本原则的具体化。

首先,任何法律主体都是法定的。民事主体的权利能力、行为能力、主体种类都是民法所重点规定的。结婚主体、收养主体、诉讼主体、选举主体、犯罪主体,哪一种主体不是由法律规定?而基本原则是贯穿于该法律部门始终的,主体法定又怎能成为其基本原则?

其次,任何的法律都是讲公平、讲效率、讲安全的。如果把这些作为商法特有的基本原则的话,似乎别的法律就不讲公平、效率和安全。就民法中的基本原则看,公平本身已经是基本原则。至于效率和安全,民事行为形式的多样化、时效制度等都是为了效率而设计,主体资格、权利登记等,则无疑是为了安全而设置。

最后,所谓商法基本原则中的公平、效率、安全,都是局限在交易环节。而交易仅仅是商品经济的一个环节,因此不能成为贯彻于该法律部门始终的原则,即难为其基本

① [罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆,1989年版,第1页。

② 魏振瀛:《民法》(第四版),北京大学出版社、高等教育出版社,2010年版,第20页。

③ 《民法通则》第2-7条。

④ 魏振瀛:《民法》(第四版),北京大学出版社、高等教育出版社,2010年版,第22页。

⑤ 雷兴虎:《略论商法的基本原则》,载《中外法学》,1999年第4期。

⑥ 范健:《我国商法通则立法中的几个问题》,载《南京大学学报》,2009年第1期。

⑦ 林敏:《商法基本原则研究》,载《中国人民大学学报》,2000年第4期;

⑧ 张秀全:《商法基本原则研究》,载《现代法学》,1999年第5期。

原则。

六、民事法律行为,守成、退却,抑或创新前行

民事法律行为,源于法律行为。罗马法有收养、遗嘱、买卖、赠予、侵权行为等具体行为,但未抽象使用法律行为、民事行为或者民事法律行为范畴。^① 法国民法有继承、赠予、契约等“取得财产的各种方法”一卷,但也没有抽象概括法律行为。^② 意大利民法典除续编外,第一编为人与家庭、第二编继承、第三编所有权、第四编债(债的总论、契约总论、各类契约、单方许诺、有价证券、无因管理、非债给付、不当得利、不法行为共九章)、第五编劳动(包括企业劳动、公司合作社、企业、智力作品权和工业发明权、竞争规则等11章)、第六编权利的保护(登记、证据、财产责任、权利司法救济、消灭时效与失权等5章),也没有抽象使用法律行为概念。^③ 这是大陆法国法系的做法。

法律行为的范畴直接源于德国民法。德国民法典抽象和规定总则编,其中第三章为“法律行为”,以概括以后的合同、遗嘱等。^④ 德国民法典也被称为潘德克吞民法典,因为“1900年的《德国民法典》终于直接运用潘德克吞体系的研究成果来进行构造。”^⑤“潘德克吞法学中的法律行为理论奠定了民法总论的逻辑基础”。^⑥ 德国民法抽象化与体系化的典范是法律行为概念和制度。有了法律行为这一上位概念,也就有了债权行为、物权行为等下位概念,这些概念构成了一个完整的抽象概念体系。正是法律行为概念体系的产生,使得《德国民法典》所代表的严格体系化思维和立法技术,都达到了一个前所未有的高度。^⑦ 可见,“法律行为”成了德国民法典大厦的核心支柱,并产生深远影响。《日本民法》第四章规定“法律行为”。^⑧ 《大清民律草案》第五章为“法律行为”,《民国民律草案》第三章为“法律行为”,《中华民国民法》第四章为“法律行为”^⑨。台湾地区民法学说

① [罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆,1989年版。

② 《法国民法》,马育民译,北京大学出版社,1982年版。

③ 《意大利民法典2004年》,费安玲等译,中国政法大学出版社,2004年版。

④ 《德国民法典》,郑冲、贾红梅译,法律出版社,2001年版。

⑤ 苏永钦:《民法典的时代意义——对中国大陆民法典草案的大方向提几点看法》,载《月旦民商法杂志》,2004年第3期。

⑥ 杨代雄:《潘德克吞法学中的行为与法律行为理论——民法典总则诞生的序曲》,载《西南政法大学学报》,2005年第4期。

⑦ 李少伟:《我国民法典应采用潘德克吞立法模式》,载王利明:《中国民法学年刊2010》,法律出版社,2011年版,第172页。

⑧ 《日本民法》,曹为、王书江译,法律出版社,1986年版。

⑨ 杨立新:《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社,2011年版。



上完全从之。^①

我国民事法律行为理论与苏联民法中的法律行为理论联系密切,^②原先也同苏联一样采“法律行为”范畴,如《民法原理》第八章为法律行为。^③直至《民法通则》制定,始创“民事法律行为”概念,以此概括合同和遗嘱具体行为类别。^④此后,民法学说理论上始用“民事法律行为”范畴。如佟柔主编《中国民法》^⑤、张俊浩主编《民法学原理》^⑥、王利明主编《民法学》第七章为民事法律行为^⑦、郑立、王作堂主编《民法学》第六章为民事法律行为^⑧、魏振瀛主编《民法》第八章为民事法律行为。^⑨特别是2002年形成的《民法(草案)》第一编总则第四章仍为民事法律行为^⑩。当然,也有同时使用“民事行为”与“民事法律行为”两个概念范畴的。^⑪

《民法通则》中使用民事法律行为这一概念,与法律行为概念相比,一是将传统的法律行为界定为民事法律行为;二是认为传统民法上无效法律行为是一个自相矛盾的概念^⑫,由此认为创设了民事法律行为和其上位概念民事行为;三是认为民事法律行为是合法性行为。学界给予了很高评价,认为这一制度作为观念的抽象,不仅统辖了合同法、遗嘱法和收养法等具体的设权行为规则,形成了不同于法定主义体系的独特制度,并且它能够涵盖和规范许多新的交易形式;而且又以完备系统的理论形态概括了民法中一系列精致的概念和原理,形成学说中令人瞩目的独立领域。^⑬

但是,我国民法通则中关于民事法律行为合法性的认定,在学说上也出现了新的矛盾。认为我国民法通则创设民事行为的上位概念,将合法的民事行为称为民事法律行

① 如《民法要义》第四章即为“法律行为”。参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社,1998年版。

② 笔者对我国民事法律行为与苏联民法中的法律行为理论的联系进行了研究,认为“民事法律行为”的概念是我国民法学者和民法通则制定中的贡献。参见王明锁:《民事法律行为范畴的守成与完善》,载《北方法学》,2013年第1期。

③ 佟柔:《民法原理》(修订本),法律出版社,1987年6月版。需要说明该书虽为1987年版,但实际上并没有把1986年颁行的民法通则的规定放进去,仍然是以前法律行为的概念。

④ 《民法通则》第四章第一节为“民事法律行为”。第54条规定“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”

⑤ 佟柔:《中国民法》,法律出版社,1990年版。

⑥ 张俊浩:《民法学原理》第8章为民事法律行为,中国政法大学出版社,1991年版。

⑦ 王利明:《民法学》第七章民事法律行为,中国广播电视大学教材,1995年第1版。

⑧ 郑立、王作堂:《民法学》(第二版),北京大学出版社,1994年版。

⑨ 魏振瀛:《民法》,第八章为民事法律行为,北京大学出版社、高等教育出版社,2000年版。

⑩ 杨立新:《中国百年民法典汇编》,2002年12月23日《民法(草案)》,中国法制出版社,2011年版。

⑪ 如《现代民法学》第三编为民事行为论,第九章为民事行为,第10章为民事法律行为。余能斌,马骏驹:《现代民法学》,武汉大学出版社,1995年版。

⑫ 顾昂然:《新中国民事法律概述》,法律出版社,2000年版,第35页。

⑬ 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社,1994年版,前言。



为,将不合法的民事行为称为无效的民事行为或可变更、可撤销的民事行为,由此形成了与传统民法完全不同的一套概念体系,认为“这一新的概念体系纯属添乱。”^①

近来中国民法学者对此矛盾思考和解决的耐心明显不足,随后便对之采批判、抛弃的态度。其具体做法,有的将民事法律行为重新与法律行为混同,认为民事法律行为即法律行为:“行为、民事法律行为又称法律行为,它是指民事主体旨在设立、变更、终止民事权利和民事义务,以意思表示为内容的行为。”^②;有的干脆放弃民事法律行为概念而改用法律行为,如原来使用“民事法律行为”,后改采德国民法中法律行为。彭万林主编《民法学》,1994年版仍使用民事法律行为,但于1997年后改用法律行为。^③或者简单认为“民事法律行为这一概念来源于苏联”,便放弃民事法律行为范畴,将其恢复至德日民法中的“法律行为”,^④或者将民事法律行为改称为“民事行为”。^⑤

但在我国使用法律行为概念,又会出现新的更大的缺陷和矛盾。首先,使用法律行为为范畴,会使民法中的民事法律行为与法理学或者法哲学中的法律行为的一般概念成为同位概念。因为除了民法中形成的专门的法律行为制度外,法律行为早已成了我国法学理论及法哲学中的重要范畴。^⑥其次,在我国其他部门法中,已经有相应的法律行为概念,如经济法律行为、行政法律行为、刑事法律行为等。如果将民事法律行为以法律行为替代,就会使民法中的法律行为与其他法律部门中的法律行为相冲突。^⑦再次,将我国民法通则创造的民事法律行为退回到法律行为,是一种学术自信丧失的表现。因此,我们对民事法律行为不应当是退却,而应当是坚守,更应当是对之完善改进、科学创新和稳步前行。第一,在称谓上可以将民事法律行为简称为民事行为或者民商行为。第二,在其性质上,民事行为可以包括合法的民事行为和违法的民事行为。第三,在其意蕴上,民事行为,不仅包括民事事实层面的即民事主体设立、变更、终止民事权利义务关系的行为,

① 柳经纬:《关于中国民法学体系构建问题的思考》,载《中国民法学年刊》(2010),法律出版社,2011年版,第5页。

② 王利明:《关于我国民法典体系构建的几个问题》,载《法学》,2003年第1期。

③ 彭万林:《民法学》,中国政法大学出版社,1994年版,第六章为“民事法律行为”;1997年修订版,第七章为“法律行为”;1999年修订版第七章为“法律行为”;2002年(修订第3版)第七章为“法律行为”。

④ 江平:《民法学》,中国政法大学出版社,2007年版,第145页,第151页;彭万林:《民法学》,中国政法大学出版社,2007年版,第101页。

⑤ 魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社,2007年版,第137页,及第二版后记;2010年第4版,第137-139页。

⑥ 系统的民法学著作中无不涉及法律行为,另有对法律行为进行研究的理论文章或者于法哲学著作中对法律行为的专门研究。参见李林:《试论法律行为的性质与特征》,载《宁夏社会科学》,1987年第2期;张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社,2001年版,第67页。

⑦ 张文显先生认为“法律行为应当是各部门法律行为(宪法行为、民事法律行为、行政法律行为、诉讼法律行为等)和各类别法律行为(如合法行为、违法行为、犯罪行为等)的最上位法学概念(或法学范畴)”。参见张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社,1999年版,第100-101页。