



柳经纬

法苑拾余

柳经纬 著

鳳凰樹下

隨筆集



廈門大學出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

國家一級出版社
全國百佳圖書出版單位

法苑拾余

凤凰树下

随笔集

柳经纬 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

法苑拾余/柳经纬著. —厦门:厦门大学出版社, 2017. 3
(凤凰树下随笔集)

ISBN 978-7-5615-6352-6

I. ①法… II. ①柳… III. ①随笔—作品集—中国—当代 IV. ①I267.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 318069 号

出 版 人 蒋东明
丛书策划 蒋东明 王日根
责任编辑 甘世恒
装帧设计 李夏凌
电脑制作 张雨秋
责任印制 许克华

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 720mm×1000mm 1/16
印张 17.5
插页 2
字数 266 千字
版次 2017 年 3 月第 1 版
印次 2017 年 3 月第 1 次印刷
定价 59.00 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



编者的话

厦门大学，一所闻名遐迩的高等学府，经过近百年的岁月洗礼，她根深叶茂，茁壮成长。厦大校园背山面海、拥湖抱水，早年由南洋引入的凤凰木遍布校园的各个角落，于是，一级又一级的海内外求知学子满怀憧憬地相聚在凤凰树下；一届又一届的毕业生依依惜别于凤凰树下。“凤凰花开”成了学子们对母校的青春记忆，“凤凰树下”成了厦大人共同的生活空间。

建校近百年的厦门大学现已成为学科门类齐全的国家“211”、“985”工程重点大学。厦大人秉承“自强不息，止于至善”的校训，铭记校主陈嘉庚建设一流大学的嘱托，在较少政治喧闹、较多自由思考的相对安静环境中，做着相对纯粹的真学问，培育着一代代莘莘学子。一大批厦大人在不同的学术领域里成果卓著，他们除了发表论文、出版专著，贡献自己高深的科研成果之外，亦时有充满灵性的学术感悟文字、感时悯世的政治评论短札，时有思索道德人生的启示益智言语、情感迸发的直抒胸臆篇什。这些学术随笔其

文字之精练,语言之优美,内容之丰富,思想之深刻,不仅体现了厦大学人深厚的学术积淀,而且也是值得传承的丰富文化宝藏和宝贵的出版传播资源。

厦门大学出版社秉承“蕴大学精神,铸学术精品”的出版理念,注重挖掘厦门大学的学术内涵。我们将以“凤凰树下随笔集”的形式,编辑出版厦大学人的学术随笔、学术短札,在凤凰树下营造弥漫学术芬芳的书香氛围,让厦大校园充满求真思辨的探索情怀。年轻学子阅读这些书札,或能获得体悟,受到激励,走向深邃的学术殿堂;社会大众阅读这些书札,或能更加切实地品读我们这所大学的真实内涵,而不至于停留在“厦门大学是个大花园”的粗浅旅游观感层次。

我们更期待《凤凰树下随笔集》走出校园,吸引全球更多的学者走入这片凤凰树下,让读者感受到这些学者除了不断有高精尖的科研成果问世外,还有深沉的文化艺术脉搏在跳动,还有浓郁的人文精神、科学精神在流淌。

厦门大学出版社



自序

已经过去的2015年,是笔者举家进京度过的第十个年头。本书的篇目均为这十年完成的文字,权以这些文字作为进京十年的纪念。

本书的篇目大多已经发表,收入本书时均已注明出处,未经刊发的篇目也注明了完成时间。汇收入本书的篇目除个别文字外,均保持原貌。“咬文嚼字”针对的是现行法的立法技术问题,讲的是一些法的常识,没有什么高深的理论。但是这些法的常识却屡屡被人遗忘,把它们写出来,就算是一种“普法”。“茶余饭后”中的篇目多数发表在《法学家茶座》上,未发表的也曾是准备投给茶座的稿子,其他栏目的许多篇目也发表在茶座上,故此设“茶余饭后”栏,以表示对茶座的谢意。“良师益友”三篇分别是怀念恩师李景禧先生的文章、纪念江平教授八十华诞的文章和纪念《律师文摘》十周年的文章,后者算是对孙国栋老弟主持《律师文摘》“十年辛苦不寻常”的一种敬意。“法典情结”所表达的主要是笔者对民法典编纂(立法)问题的一些思考,作为一位从事民法教学科研长达三十年的民法教师,难免对民法典有一种特殊的情结。“法治随想”所反映的是笔者近年来对国家法治问题的一些零星想法,大体上是一种直觉的抒发,谈不上深思熟虑。“前序后记”选了笔者在这十年间出版的六部学术著作的序与后记,大体可以反映笔者在这十年间学术研究的基本情况;其余四篇是为笔者指导的博士生出版的学术著作写的序,“青出于蓝而胜于蓝”,从中亦可体验到为人之师的欣慰。

笔者在厦大求学和工作长达二十七年。在主持厦大法律系工作期间,得到厦门大学出版社的大力支持,也与蒋东明社长、施高翔副社长(当时负责法律书籍的编辑)结下了深厚的个人情谊。2005年,笔者进京之时,厦大出版社出版了笔者的第一部个人学术论著《当代中国民事立法问题》(该书曾获第五届中国高校人文社会科学研究优秀成果三等奖)。十年来,每逢春节临近,笔者都会定期收到厦门大学出版社寄来的漳州产水仙花。高雅绝俗、清新秀丽、芳香馥郁的水仙花,给北国的春节带来了无限的春意。在这

十年间,笔者与厦门大学出版社还有一次愉快且成功的合作。2008年—2009年,笔者应邀参与了厦门大学出版社出版的“共和国六十年法学论争实录”丛书(八卷)的策划工作,与齐树洁教授共同担任丛书的执行总主编(总主编由我国著名法学家、社会活动家江平教授担任),并担任民商法卷的主编。丛书出版后,先后获第三届福建省优秀出版物(图书)奖(2011)、中国大学出版社图书奖第二届优秀学术著作奖一等奖(2011)、华东地区优秀教材专著奖一等奖(2012),取得了良好的社会效果和学术效果。2015年夏,笔者回厦门,蒋社长、高翔副社长送笔者一套“凤凰树下”随笔集,并邀笔者加入“凤凰树下”系列。对于蒋社长、高翔副社长以及厦大出版社的这份情谊,笔者只有在这篇小序里道声:谢谢!

在京十年,需要感谢的人很多:既有厦门大学以及法律系(法学院)的领导 and 同事,又有中国政法大学比较法研究院、科研处以及国家“2011计划”司法文明协同创新中心的领导和同事;既有在厦大就读研究生时的同窗好友,又有笔者在厦大和法大授过课或指导过的同学。在这里,笔者无法一一道出他们的姓名。在京工作和生活的十年里,得到了他们多方面的关心和帮助,也一并在这里道声:谢谢!

本书得以忝列“凤凰树下”随笔集,还应感谢厦门大学出版社的甘世恒编辑。他是法大校友,自加盟厦门大学出版社后,一直与笔者保持着良好的联系。他对本书的选稿提出了很好的建议,并担任本书的责任编辑,为本书的出版付出了辛勤的劳动。

2016年于京北宁馨苑



第一编 咬文嚼字

- 3 〉 咬文嚼字说立法
- 9 〉 咬文嚼字说立法(续)
- 14 〉 咬文嚼字说立法(再续)
- 20 〉 话说法律“第一条”
——以民商事法律为例
- 25 〉 “同命同价”?
——关于《侵权责任法》第 17 条的冷思考
- 34 〉 当事人缔约能力之辩
——评《合同法》第 9 条第 1 款

第二编 茶余饭后

- 45 〉 四中全会,我们看到了什么?
- 50 〉 司法公正与战争胜负
——重读《曹判论战》的体会
- 52 〉 话说红楼第一案

- 55 › “求其生”还是“求其死”？
——读欧阳修《泂冈阡表》有感
- 59 › “我家住在小河边……”
——关于民商事立法中的国有财产情结问题
- 63 › 当“好莱坞”(HOLLY WOOD)标志遭遇开发商时
- 67 › 漫议“非公益性用地退出征地范畴”
- 72 › 谁喜欢诉讼？
- 77 › 漫谈“禁令”
- 83 › 法律人，你为什么不争气？！
- 86 › 法学教授应该要有法律的信仰
- 90 › 法律人与签名
- 93 › “法学幼稚”与“白卷”
- 98 › 法大印象
- 104 › 法大印象(续)
——狭小校园里的法制景点
- 111 › 一次难忘的讲课经历
- 113 › 军都山下说掌故

第三编 良师益友

- 121 › 我们永远的老师：李景禧先生
- 129 › 他为中国民法科学打开了一扇窗
——祝贺江平先生八十华诞
- 134 › 法治的守望者
——为《律师文摘》十周年而作

第四编 法典情结

- 139 › 渐行渐远的民法典



- 144 > 民法草案审议十周年祭
- 155 > 我国亟需制定一部民法典
- 158 > 关于做好民法典编纂工作的几点建议
- 162 > 关于我国民法典债的立法问题
- 172 > 关于我国民法典债的立法问题(续)
- 178 > 《物权法》的成就与不足

第五编 法治随想

- 191 > “把权力关进制度的笼子里”需要解决的两个问题
- 195 > 关于社会主义法治的“中国特色”问题
- 197 > 从权利救济看我国法律体系的缺陷
- 205 > 从私法制度到私法秩序
- 208 > 关于我国非国有财产征收立法问题的若干建议
- 217 > 修改宪法,允许集体土地用于城市建设
- 220 > 集体土地入市改革还须有宪法意识
- 223 > 应当重视标准化工作在国家治理体系中的作用
- 226 > 我国应建立统一的标准版权保护制度
- 230 > 应区别不同情况解决“小产权房”问题

第六编 前序后记

- 237 > 《当代中国民事立法问题》后记
- 239 > 《感悟民法》自序
- 241 > 《感悟民法》后记:“先结婚,后恋爱”
——我的民法求学之路
- 245 > 《当代中国债权立法问题研究》自序
- 247 > 《当代中国民法学的理论转型》自序
- 250 > 《房地产法制专题研究》序言

- 256 > 《房地产法制专题研究》后记
- 258 > 《当代中国私法进程》自序
- 260 > 尹腊梅博士《民事抗辩权研究》序
- 262 > 邱雪梅博士《民事责任体系重构》序
- 264 > 钟瑞栋博士《民法中的强制性规范
——公法与私法“接轨”的规范性配置问题》序
- 267 > 刘成杰博士《日本最新商法典译注》序

第一编

咬文嚼字

凤凰树下
随笔集





咬文嚼字说立法*

除了以宣示特定意识形态为宗旨的个别法律或法条外,绝大多数的法律和法条应可归类为人的行为规范,告诉人们什么是可为的,什么是不可为的。改革开放以来,伴随着社会法制的进步,我国的立法技术不断提高,立法的质量不断改善,法律的规范作用也就越来越强。总体来看,立法还是较为令人满意的。然而,人无完人,立法的操刀者即便是“智者”,也难免“千虑一失”。从鸡蛋里还能挑出骨头,法律文本里也就不难挑出瑕疵了。

据说有份杂志叫作《咬文嚼字》,专干这种“鸡蛋里挑骨头”的事,剖析报刊、图书、广告、影视作品中的语文差错,因此赢得了“语林啄木鸟”的美誉。

笔者无意担当法律文本之“啄木鸟”,因为啄木鸟具有坚持不懈的精神,笔者的习性属于“打一枪换一个地方”的那种,缺乏这种可贵的精神。且,挑错也是一份吃力不讨好的事,无论名与利都不划算,笔者多少也有些功利心,不愿意去做此吃力不讨好的事。然而,由于长年从事民商法学专业教学与研究的缘故,对于所遇到的一些法律文本的差错,总有一种如同吞了一只苍蝇的感受,不吐不快。为此,本文借此杂志之名,倾诉倾诉心中的这种不快。

由于篇幅所限,本文不可能顾及改革开放以来所制定的全部民商事法律,甚至不可能对某一部法律进行较为全面的挑错。本文仅以被认为是立法技术水平较高的《中华人民共和国合同法》为对象,选择五个在笔者看来差错过于明显的条文,做一番剖析,当一回“啄木鸟”。

* 本文原载《比较法研究》2010年第5期。

一、第9条第1款：“当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。”

本款的问题是：法理不通。

1. 在民法学上，民事权利能力关涉民事主体的资格问题，而民事行为能力则关涉民事法律行为之效力问题。倘若欠缺民事权利能力，则无从确认其民事主体资格。德国法上有“无能力之社团”之说，究其实质是指虽有团体之外观，但法律上不承认其为民事主体。倘若欠缺民事行为能力，则并不影响民事主体的资格，仅影响民事主体所为民事法律行为之效力。

本款首要的问题是：既然是“当事人订立合同”，那么此“当事人”应指具有民事权利能力者，或为自然人，或为法人，或为其他组织（《合同法》第2条），不具备民事权利能力者不能称之为“当事人”。因此，本款接下来的“应当具有相应的民事权利能力”就纯属“多余的话”。

2. 在现实法律生活中，缔约一方“无相应民事权利能力”的情形，通常是不可想象的。当缔约一方为自然人时，他一定具有民事权利能力，如果他不具备民事权利能力，只有两种情形：要么他因欠债而成为古罗马社会的奴隶，要么他的生命已经终结。在这两种情形下，他已不再是法律上的“人”，不可能成为缔约的“当事人”。当缔约一方为团体时，如为法人或者其他非法人团体，它也一定具有民事权利能力，如无民事权利能力，则此团体要么没有依法设立，要么已经依法撤销，法律上均不能视为“人”而存在，也不可能成为缔约的“当事人”。

唯一的例外是：依我国早期的民法学理论，法人的民事权利能力取决于其业务性质和业务范围，因此，当法人之行为超越其业务范围时，当属无相应民事权利能力之情形。在传统理论上，法人“越权”而订立的合同无效。但依据最高人民法院关于《合同法》之司法解释，当事人超越经营范围订立合同，除非违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的规定，人民法院不能因此认定合同无效。这就把法人“越权”问题，归入法律行为合法性的范畴，而不是纳入主体资格的范畴。这一解释是符合市场经济社会需要的。

退一步说，即便关于法人超越业务范围的理论仍然成立，那么这也仅仅



属于例外情形,而非一般情形。本款将其作为缔约当事人的一般情形规定,显然欠妥。

3. 合同是民事法律行为,对于当事人所订立的合同之效力而言,有意义的是其民事行为能力之有无。因此,在立法上,关于民事法律行为之要件,就行为主体而言,只规定行为人应具备相应的民事行为能力(《民法通则》第55条),而不会要求具备相应的民事权利能力。与之对应,立法上还须将不具备民事行为能力者所订立的合同效力作出明确的规定(《民法通则》第58条)。法条之间相互呼应,法律的规范性才能得到彰显。

在《合同法》中,与本款有对应关系的是第47条,该条是关于限制民事行为能力人订立的合同之效力(待定)的规定。然而,第47条所对应的仅是本款中缔约当事人的民事行为能力,而非民事权利能力。在整部《合同法》中,我们找不到与本款之“当事人订立合同应具备相应的民事权利能力”对应的条文。一方面,法律对缔约当事人的民事权利能力提出要求;另一方面,法律对于不合此要求的行为却无对应的规定,这样的法条有何规范意义?

二、第10条第1款:“当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。”

本款的问题是:使用的不是法律语言,无法彰显合同自由精神。

1. 通常,民法教师在课堂教学中,告知学生,民事法律行为的形式主要有“有”书面和口头两种,这两种形式均为明示;此外“还有”默示,包括推定(作为的意思表示)和沉默(不作为的意思表示)。因此,“有”在这里显然是作为教学语言而存在的。法律条文应使用法律语言,不宜使用教学语言。因为法律条文是法律规范的外在表现形式,必须体现出法律的规范意义。从法律规范的角度看,本款的意义不应是告知人们订立合同的形式“有”几种,而应当告知人们订立合同时“可以”采取哪些形式。“可以”是法律语言,具有授权的意义。

2. 第10条是关于合同形式的规定,联系本条第2款(法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当

采用书面形式)以及第 36 条等的规定,本条实际担负着彰显合同(形式)自由精神的功能。合同自由包括缔约自由、选择相对人自由、合同内容自由和合同形式自由等内容。合同自由是合同法的精神所在。合同形式自由意味着,除非法律对合同的形式有特别的要求,当事人“有权”以任何形式订立合同。本款使用“有”这一用语,丝毫无法彰显合同自由的精神。

3. 单纯从语言逻辑来看,本款与第 10 条第 2 款也不相协调。第 2 款规定:“法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”后半段仍属于合同形式自由的范畴,前半段则是对合同形式自由的限制,用的是“应当”这一法律语言。因此,从语言逻辑上看,本款只有用“可以”(采取),表明当事人享有选择合同形式的自由,这样第二款前半段用“应当”以限制合同形式自由,逻辑上也就顺了。

三、第 13 条:“当事人订立合同,采取要约、承诺方式。”

本条的问题是:既多余,又有碍法制之进步。

1. 关于缔约的方式(程序),除了要约、承诺外,有无其他方式?如无,则本条规定纯属多余;如有,则本条只规定要约、承诺方式,显然不妥。

2. 要约和承诺均为意思表示,因此要约、承诺方式着眼于当事人的意思表示,如无要约与承诺的意思表示,合同无从成立。这也是“合同”=“合意”的基本观念使然。从《民法通则》《合同法》等法律的规定来看,我国现行立法并不承认无意思表示基础的“事实合同关系”,因此,可以说缔约的方式,也只有要约、承诺,而无其他。如此一来,本条规定实属多余。

3. 然而,尽管现行法不承认“事实合同关系”,但作为德国法理论与司法的产物,“事实合同关系”理论有一定的合理性,对于解决实际问题也有一定的意义。因此,从法制进步的角度看,我国现行立法即便不予以确认,但仍有必要给它留下必要的空间,而不宜将其路堵死。本条规定了“当事人订立合同,采取要约、承诺方式”,则有将缔约方式只限于“要约、承诺方式”、不给“事实合同关系”留下必要空间之嫌,最终有碍法制之进步。

4. 本条的表述方式,同样具有教学语言的意味。条文中的“采取”一词,究竟是指当事人有权“采取”还是必须或应当“采取”要约、承诺的缔约方式?