

民法强行性规范研究

STUDY ON COMPULSORY NORMS OF CIVIL LAW

许中缘 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

民法强行性规范研究

STUDY ON COMPULSORY NORMS OF CIVIL LAW

许中缘 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法强行性规范研究/许中缘著. —北京:法律出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1235 - 3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 185576 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/10 字数/279 千

版本/2010 年 9 月第 1 版

印次/2010 年 9 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1235 - 3

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

许中缘是我指导的 2005 级民商法博士,在他攻读博士学位之前,就表现出较强的抽象思维能力与较好的理论素养。当他选择《民法强行性规范研究》这个颇具难度的题目作为博士学位论文选题时,我欣然答应了。众所周知,民法中的强行性规范是我国司法实践中需要进行研究的一个重大问题,民事司法的本质在很大程度上就是对规范的性质进行认识和运用。如果法官在具体案件中对同一规范性质的把握与认识不同,则会导致在实践中产生同一案件不同判决的结果。在民事立法中,我们在具体制度的构建中是采用任意性规范还是强行性规范也常常存在争议。例如,在《物权法》制定过程中,小区车库归属的规范构建究竟是采用强行性规范还是任意性规范就出现过诸多争议。在制定民法典之际,如何对待民法中的强行性规范,更加凸显其重要性与研究的紧迫性。但遗憾的是,该问题并没有引起学者的广泛重视。于此,可以认为该论文的选题具有现实性、时代性与新颖性。该论文并不满足于研究强行性规范对法律行为效力的影响问题,而是从更广的视角即从民法与宪法、行政法的外部关系入手,来分析民法中的强行性规范,进而分析民法中的强行性规范与其他规范的关系,探讨民法强行性规范对法律行为效力的影响,然后对民法中的强行性规范的构建提出了自己的看法,表现出视野的独特与论证的深入。作者对这些内容的探讨,能够帮助我们对转型时期的民法有更为深刻的认识,也有利于厘清私法在公法不断影响的

* 原题目为“《民法强行性规范研究》的评议”,原载《法学家》2009 年第 2 期,是应《法学家》杂志开设的“博文精萃”的要求,对该篇博士论文进行的评议。

2 民法强行性规范研究

背景下,对私法所发生的一些变化的不当认识。

公法与私法关系是学者争论很久的问题,但人们对此问题多为针对宏观层面的公法与私法关系的纯学术性探讨,失去了争论所具有的实践意义。论文结合公法与私法的关系来探讨民法中的强行性规范,这就使得论文对此问题的探讨具有理论高度的同时又具有实践意义。随着公法对私法影响的不断深入,我国民事立法仍需要对这些问题进行探讨。例如在《物权法》制定过程中,对于《物权法》中是否应该规定不动产征收制度,产生了不同的观点。有的学者认为,不动产征收本身属于行政法的内容,不应该在《物权法》中进行规定;如果进行规定,则会混淆公法与私法的性质,损害《物权法》的私法色彩。对此,我认为,《物权法》中对不动产征收进行规定之所以必要,是因为不动产征收本身是对所有权的一种限制手段,不动产征收的补偿本身就是一个民法问题,所以该种制度应该而且必须在《物权法》中进行规定。当然,对于征收征用程序和一些其他具体问题还需要在民事单行法律中进行规定。该论文区分了民法中的公法性强行性规范与公法中的强行性规范,并对此进行了比较,阐释了民法中的公法性强行性规范存在的理论基础及存在原因,并提出具体构建的意见。根据此种观点,我们可以以此解释不得不面对的公法性规范,并可以为我国民事立法中该种规范的构建提出理论借鉴意义。

该论文对传统民事规范的强行性规范与任意性规范的二分法进行了反思,将民法中的强行性规范根据行为模式与法律行为后果分为指导性规范、禁止性规范与效力性规范。文章结合强行性规范的本质即不能约定排除适用的规范,指出强行性规范对法律行为效力的判断,需要厘清法律所规定的“约定不能排除”是“特定的行为模式”还是“特定的法律效果”,还是既对“行为模式”与“法律后果”都予以规定,从而分析法律行为效力的判断。这种分析对规范的适用具有一定的指导意义。

此外,该论文还对许多理论与实践具有争议的问题进行了探讨。如结合宪法与民法的关系,探讨了宪法的司法化以及物权法制定过程中违宪问题在探讨民法与行政法的关系时,对公序良俗、公共

利益、民法中的登记行为等问题进行了较为深入的探讨,提出许多较为创新的观点。例如,论文在对公共利益的阐述中,对《物权法》制定过程中争议非常大的对不动产征收的公共利益制度提出了自己的观点,主张对公共利益的界定需要在程序中进行并予以控制。文章在阐释登记行为性质的时候,指出需要对登记行为中的三个行为即当事人之间的房屋买卖(抵押)合同、当事人申请(转让)登记行为以及登记机关从事或拒绝登记行为进行分析,从而提出登记机构登记的行为是行政行为。这种分析具有一定的道理,能够更好地分析民事登记行为对法律行为效力的影响。

博士论文除了需要实现观点的创新性之外,还需要实现方法上的创新。该博士论文除了采用规范分析研究方法之外,还表现为比较法分析方法的运用。除此之外,文章还综合运用了经济分析方法、制度分析方法、实证分析方法、逻辑分析方法等。这些分析方法的综合运用,使得论文在论证上更具有逻辑性和说服力。

许中缘完成博士论文初稿的时间较早,但初稿并不十分令人满意,缺点主要是过于抽象和理论化,比较法的色彩太浓,没有很好地结合我国的立法与司法实际。这是我们国家许多博士论文写作的通病。我认为,中国学生的博士论文一定要紧密联系中国的实际,解决中国面临的实际问题。所以,在他进行数次重大修改之后,最终我同意了许中缘的博士论文参加答辩。尽管该论文在结合中国实际问题方面取得了很大的进展,但该论文此种缺点仍然存在,主要还是对我国实际问题尚需要进一步深刻阐述。如对强行性规范与法律行为效力的影响中,可以进一步结合《合同法》第52条第5款的内容进行论述。而且,还可以结合实践中出现的案例进行更为深入的分析。在对我国民法典中强行性规范的构建中,可以结合实践中争论较多的问题并对之进行更为详细的探讨。文章对此没有进行有机结合,在一定程度上降低了文章对具体问题的指导价值。

此外,论文对民法中强行性规范分类的阐述具有一定道理,但对我国学者对民法中规范类型的分析借鉴不足。我们主张学术创新,但在既有问题上应该充分尊重既有的研究成果,在批判继承中使现

4 民法强制性规范研究

有理论不断得以修正,这样能够使学者对问题的分析避免自说自话,从而促进理论更好的发展。

论文注重宏观的安排,以强制性规范的视角,横跨民法学、法理学、宪法学、行政法学、立法学、司法学等研究领域,对规范的结构、规范分类、规范的适用、规范的构建等进行了阐述,在具体问题的探讨中尚可进一步精炼。此外,文章尽管对劳动合同法等进行了一些探讨,对新出现的社会法对民法中强制性规范的影响关注仍有进一步深入挖掘的必要。

王利明

目 录

引论	1
第一章 民法强行性规范的阐释	18
第一节 民法强行性规范语义的阐明	18
第二节 民法强行性规范分类	26
第三节 强行性规范在民法中的作用	37
小结:私法自治中的强行性规范	41
第二章 当代民法强行性规范发展趋势及构建基础	44
第一节 当代民法强行性规范发展趋势	44
第二节 民法强行性规范构建的基础	53
小结:强行性规范在私法社会化进程中的使命	67
第三章 民法强行性规范与宪法对民法的规范效力	68
第一节 宪法规范对民法规范效力的评价	69
第二节 宪法对民法基本规范的效力	84
第三节 民法对宪法的规范效力 ——法国的经验考察	87
第四节 民法的基本规范与物权法的合宪性之争	92
小结:宪法对民法的规范效力与基本权利的民法实现	94
第四章 民法强行性规范与行政法的连接	96
第一节 民法中的公序良俗与行政权	97
第二节 公益征收与行政权	105
第三节 民事登记行为与行政权	125
第四节 民法中其他行政管理行为	135
小结:行政法对民法的影响及相关对策	144

第五章 民法强行性规范与民法其他规范类型	146
第一节 民法规范类型化	146
第二节 强行性规范与任意性规范	155
第三节 民法强行性规范与许可性规范	167
第四节 强行性规范与宣示性规范	175
小结:规范制定的有限理性	180
第六章 民法强行性规范的适用	182
第一节 民法强行性规范的识别	182
第二节 民法强行性规范的解释	193
第三节 强行性规范与法律行为效力	212
小结:规范性质判断的有限理性	247
第七章 强行性规范在我国民法中的构建	249
第一节 民法强行性规范构建的方法论	250
第二节 公法性强行性规范在我国民法中的构建	257
第三节 民法强行性规范的立法构建	269
第四节 强行性规范在民法典各编中的具体体现	275
小结:公法性强行性规范在私法中的构建	
——公私分立与融合的基础	283
结语:私法与公法的协调	
——未来民法发展的走向	285
参考文献	288
后记	306

引 论

一、问题的提出及选题意义

私法自治是民法的基本原则与最高宗旨。但自治并不是民法的全部。允许主体的全面自治,会导致自治的硬伤。如果欠缺自治的理性人基础,国家干预也就存在可能。私法作为法律中的内容,必然会体现国家建立民法某种自由、公正与秩序的使命。该秩序的建立也并非自治能够独自实现。当然,因为国家干预的理性欠缺,纯然由国家干预也不能实现该种秩序。所以,国家允许民法在一定程度上自治的同时,也对民法实行一定程度的管制。但现代法律发展表明,国家的管制并不能直接介入民法,否则自治也就无法实现。基于民法任意性规范所具有的选择性特点,建立私法秩序、实现国家干预的意旨均需要在民法中得以体现,此主要表现为民法中的强行性规范。于此,我们可以认为,民法强行性规范作为连接公法与民法的纽带,是公私交融在民法中的表现,^[1]是私法权利运行的基础,是私法得以自治的保障,是私法实现社会正义的桥梁,不可谓不重要。学者大都认为,民法中的规范绝大部分是任意性规范,此话具有道理。但同样不可否认的是,强行性规范是民法得以自治的真谛,是自治最可靠的保障,同时也是自治最为有害的威胁——这些都关乎强行性规范的如何构建。如果没有强行性规范,整个民法的体系就会在片刻之间轰然倒塌。正如学者认为,“法学家并不衡量究竟有多少法律是任

[1] Cécile Pérès-Dourdou, *La Règle Supplétive*, Préface Geneviève Viney, L. G. D. J. 2004, pp. 18 - 20.

任意性规范,但他们知道在这些领域中公共秩序的存在”〔2〕但是,长期以来,民法强行性规范的研究一直为学界所忽视。正如学者认为,“许多传统民法学者曾武断地认为,强行法与任意法的区分在民法中已经得到解决。民法的大部分规则是任意性规范,……而强行性规范仅为个别或例外,因此两者的界限仅根据法条文义即可得到识别”〔3〕这典型表现在民法相关教科书中,对强行性规范的阐述往往是一笔带过。此种情形与该种规范在民法中的重要地位是极不协调的。“实际上,在法律行为可能涉及的民法规则中,强行性规范与任意性规范的合理界限并不那么明确,而在现代民事立法中对于某一具体问题究竟应使用何种法律规范的问题也并不是那么容易解决。”〔4〕而学者对强行性规范相关概念并没有很好进行区分,表现出

〔2〕 J. Carbonnier, *Flexible droit-Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L. G. D. J., 7^e édition, 1992. p. 25.

〔3〕 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第51~52页。

〔4〕 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第52页。不过,近几年,也有一些学者对此规范进行了阐述。参见苏永钦:“私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向”,载《中外法学》2001年第1期。解亘:“论违反强制性规定契约之效力”,载《中外法学》2003年第1期。苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国政法大学出版社2004年版。苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版。孙鹏:“论违反强制性规定行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第52条第5项的理解与适用”,载《法商研究》2006年第5期。谢鸿飞:“论法律行为生效的‘适法规范’——公法对法律行为效力的影响及其限度”,载《中国社会科学》2007年第6期。王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版。耿林:《强制规范与合同效力》,中国法制出版社2009年版。钟瑞栋:《民法中的强制性规范》,法律出版社2009年版。不过,令人欣慰的是,随着公司法的修改,公司法学界对该规范的阐述比较深刻。具体参见文章相关引文。

对该种规范的忽视与理论的把握不准。^{〔5〕} 基于此,笔者拟对该种规范类型进行研究。

本书对强行性规范的研究,主要意义表现如下几点:

首先,强行性规范的研究是保障基本权利的需要。宪法中的基本权利,应该也必然会在民法中得以体现,民法中权利最应保障、最为重要、最为容易滥用也最为容易受到侵害的乃是民法中的基本权利,如所有权、人格权、契约自由权等。而作为纯然民法领域的相对权,如合同履行中的抗辩权,该权利可以通过民法的救济方式得以实现。所以,民法对这些基本权利的保障越发显得必要。而对这些权利保障的规则主要体现于强行性规范。

其次,强行性规范的研究是保障私法自治,构建自由秩序的需要。私法奉行的基本原理就是自治。^{〔6〕} 作为市民社会基础的民法已经不再是一座孤岛,随着社会经济的发展,不仅表现出自治性的加强,同时也体现出国家干预的加大。民法的制度总是打上行政法规范的影子,由此表现出“私法公法化”、“私法社会化”等特征。的确,民法是私法,遵循私法自治的原则,但民法得以自治的最终保障还是需要依靠强行性规范的合理贯彻。主要是因为:一方面,私法自治的主体利益存在多样性,内容具有复杂性,不可避免地存在冲突,这些

〔5〕 典型的是表现为“强制性规范”、“强行性规范”、“强行规定”、“禁止规定”等规范术语表现混乱。如崔建远教授在书中交替使用“强制性规定”与“强行性规范”词语,参见崔建远主编:《合同法》(第四版),法律出版社2007年版,第102页;黄立教授在《民法总则》一书中,也表现出了对概念的使用混乱,其认为根据行为人的意思有无形成自由可以分为强制法与任意法。但在法律行为效力判断中,又将“强行规定”可以分为强制规定与禁止规定;参见黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第23、327~329页;即使对法律行为效力作了深入研究的苏永钦教授,就这些概念的使用,表现出一定程度的混乱,参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国政法大学出版社2004年版,第24、28~31页;王泽鉴教授在其著述中也表现出使用“强行规定”、“强制规定”以及“禁止规定”的词语,参见王泽鉴:《民法总论》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第276~283页。

〔6〕 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第15页。

冲突仅仅依靠任意性规范并不能得以有效解决,需要强行性规范的构建;另一方面,强行性规范的构建是否合理,这将会对私法自治的内容产生重大的影响,甚至有可能损害私法自治。如《物权法》制定过程中有关车库、车位的归属问题,是设置强行性规范还是任意性规范对相关当事人的利益会导致截然不同的影响。^{〔7〕}随着现代社会的发展,对强行性规范的研究有利于合理限定公权力介入私领域的边界,有效防止公法对民法不当介入。“我国民商法律的一个突出特点是混合立法,民法中纳入了很多公法管制的内容,公法也常常代替私法来调控交易,以避免各种外部性。既然在没有民法典之前,民商法律已经备受管制的冲击,我国就不大可能采取大陆法系的民法典——特别民法模式来协调管制与自治。”^{〔8〕}于此,在新的时代,承担新的使命的民法,发展前途究竟如何,我国究竟怎样对待民法中的公法性规范,^{〔9〕}这些问题都需要对强行性规范展开深入研究。

再次,对强行性规范的研究是保障统一司法的需要。在法律适用中,“法律规范当然地起着轴心作用。事实发现以规范为指针进行,事实评价也要从规范的适合性出发。在这种思考方法中,法律规范无疑是存在的,世界因此而得以梳理。因此,所谓的法律适用,也无非是实际确认该规范是否妥当的过程”^{〔10〕}。规范定性为强行性还是任意性规范,将会影响裁判的结果。司法实践中,因为规范的定性不准,导致类似的案件在不同的法院得到不同的判决。如《担保法》第41条的规定:“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。”河南省高级人民法院对此认为,“房地产抵押没有办理登记手续的,抵押合同并非无效,更非违法,只是合同生效的要件尚不具备,双方当事人应补办登记手

〔7〕 参见许中缘:“论车库归属的规范配置”,载《判解研究》2006年第3期。

〔8〕 谢鸿飞:“论法律行为生效的‘适法规范’——公法对法律行为效力的影响及其限度”,载《中国社会科学》2007年第6期。

〔9〕 具体请参看第六章内容的阐述。

〔10〕 [日]大村敦志:《民法总论》,江溯、张立艳译,王轶校订,北京大学出版社2004年版,第62页。

续,使合同生效的条件具备”。“抵押登记是为了保护抵押权人利益,防止抵押人与第三人就同一抵押物设定重复抵押而建立的一种公信、公示的制度,不办理抵押登记的,不能对抗善意的第三人,相对抵押合同而言,抵押登记系形式要件,因故未进行抵押登记的,只要具备意思表示真实,不违反法律行政法规禁止性规定的实质性要件,均不得排除抵押人可能承担的法律风险,可采取补办登记、诉讼保全等手段使抵押的形式要件成就。”^[11]显然,该判决认为该规范为任意性规范,未办理抵押登记的合同仍然有效,并且能够得到履行。但是最高人民法院在对湖南省高级人民法院审理的一个二审案件中关于该条的定性则与此不同,“该规定将抵押物登记作为抵押合同生效的必要条件,担保法不承认有独立于抵押合同的物权行为的存在,未将交付约定抵押财产的权利证书作为抵押合同生效的充分条件,因此,未作抵押物登记的抵押合同不生效”。^[12]显然,最高人民法院将该规范理解为强行性规范。实践中,类似案件在不同法院的不同判决结果严重损害了法律的适用统一原则。在《合同法》的有关司法解释出来之后,关于该条的有效与无效的区分才在一定程度上得到遏制。另外一个例子就是围绕《合同法》第52条第5款的规定,法律行为“违反法律、行政法规的规定”的无效,该种无效是绝对无效还是相对无效呢?学者对此具有争议,实践中也处分不一。^[13]所以,理论对强行性规范的性质和类型进行合理区分,乃是我国立法、司法中的一个重要问题。

最后,强行性规范的研究,有利于促进我国民法典编纂中的规范构建。处在21世纪的时代背景下,如何合理处理公法与民法的关系,如何构建规范类型,这是我国民法典编纂所必须处理的一个重大

[11] 本案例的名称为“南阳市机电设备公司诉郑立东、南阳市岩达经贸公司合作经营合同纠纷案”;案号为“(2002)豫法民一终字第077号”。

[12] 该案件的案例名称为:“长沙市商业银行华夏支行诉湖南爱克制药有限公司、湖南美罗银河生化制药有限公司、北京三雄高新技术开发有限责任公司、刘方抵押担保借款合同纠纷案”案号为:“(2003)民二终字第161号”。

[13] 笔者将在后文对此进行探讨。

问题。“只有充分掌握事实的本质与规律者,才能适当地发现及调和公私法之间的价值冲突。”^[14]于此,对作为酝酿与承担着民法价值转变的强行性规范研究就存在必要。此外,对强行性规范的研究,能够拓展民法学与其他学科对话的基础,^[15]并且能够认清民法与其他各部门法的关系,合理认清民法发展的外部环境问题,从而对我国民法典的制定在价值取向、规范制定、体系构造等具有指导作用。

“法律规则是法律的主要构成要素;是法律具有独立性的最主要支点,是法治命题能够成立的核心范畴;是法律思维方式能够形成,法制的各个环节应重点建设与落实的成分。”^[16]规范法学作为一个法学流派,是以现实法律规范作为分析与研究对象的法律学说。^[17]“在诸多法学的流派中,能够直接地支持法治的就是规范法学,倘若缺乏对规范法学的深入研究,则法治就丧失了基本的学理支持,更遑论法治的完善以及法学家对相关法治价值、法律在社会构造中的作

[14] 苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第114~115页。

[15] 这就是我国学者所提倡的打破“各个学科之间壁垒森严,甚至学科内部也沟壑纵横”的“饭碗法学”的现象。参见王利明:“对法学研究现状的几点看法”,载《法制与社会发展》2005年第1期。王轶教授认为,要合理区分民法与民法学问题。民法学问题是开展与其他学科对话的基础。参见王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景”,载《中国社会科学》2004年第6期。王轶:“物权优先效力的问题属性与讨论方法”,载崔建远主编:《民法9人行》(第1卷),金桥文化出版(香港)有限公司2003年版,第327~332页。在法国留学期间,给我的印象是,学科之间并没有非常严密的间隔,特别是在博士论文中,即使是民法学者的博士论文,基本上都是对整个法学的相关问题进行探讨。

[16] 陈金钊:“认真对待规则——关于我国法理学研究方向的探索”,载《法学研究》2000年第6期。

[17] 规范法学作为一个法学流派,它还有“分析法学”、“分析实证主义法学”、“概念法学”、“法实证主义”、“法律实证主义”等称谓,本书除引文外,一律使用“规范法学”。但由此而导致的问题是,本书对规范法学的研究就不能对这些流派的所有内容进行介绍,而仅围绕规范本身以及相关方法论的问题进行探讨。所以,文中所引文献也不能代表规范法学研究的全部,而仅是其中具有典型性规范法学研究的问题。

用等问题的深入探究。”^{〔18〕}由此可见规范法学在法学教育与法学研究中的基础性地位。随着我国《刑法典》的制定,民法典即将制定完毕,^{〔19〕}法学研究从立法走向司法的时代来临,^{〔20〕}以法律规范为分析对象的规范法学在我国法学研究中的地位将会越来越重要。值得指出的是,规范法学的研究在民法中处于薄弱的地位,这是与我国目前的立法实际是相联系的。因为我国仍然没有一部民法典,尽管有学者对法律中的规范进行研究,但它们更多的是从比较法的视角而提出该种制度的合理性,这种方法具有更多的“立法主义”色彩,采用的仍然是“立法主义”的路径。由此,也导致对规范的研究具有个别性,难以抽象出一般理论。这种情形不能适应我国民事立法不断走向基本成熟的状况,也不能满足我国法学研究不断发展的需要。民法强行性规范是民法学研究的基础问题,因为该种规范所具有的意义以及内容的复杂性,无论在理论还是司法实践中都容易引发诸多争议。这些争议的焦点主要表现在强行性规范的内容、分类、法律行为效果等方面。这些争议的产生,很大程度上还是因为对该种规范的性质与作用没有完全了解。基于此,本书试从公法与私法的关系,对民法强行性规范的理论作一般分析,揭示强行性规范的司法技术、立法技术,寄望于为我国民法典的相关规范的制定以及民法相关的司法实践提供一种借鉴性的意见。

〔18〕 谢晖:“中国法理学发展——现状与前瞻”,载《法制日报》2000年3月5日。

〔19〕 2010年12月26日,随着《侵权责任法》被中国十一届全国人大常委会十二次会议通过,标志着我国民法典的主体框架的第九编的内容已经完成。下一步立法工作就是涉外民事关系法律适用法、民法总则与婚姻法的修改,然后在此基础上编纂民法典。根据全国人大法工委王胜明副主任的介绍,明年将由全国人大常委会审议涉外民事关系法律适用法,据此我们可以推测,民法典出台也就是几年内之间的事情。

〔20〕 根据全国人大的立法部署,到2010年形成中国特色社会主义法律体系。自此之后,我国大规模的立法时代就会结束。参见“吴邦国:确保到2010年形成中国特色社会主义法律体系”,载人民网 <http://npc.people.com.cn> (2009年12月11日访问)。

二、几组基本概念的限定

(一) 法律规范(norme)与法律规则(régle)

规范(法语“norme”,英语“norm”)与规则(法译“règle”,英译“rule”)同义,二者也经常交错使用。^[21] 不过,因为“规范是某事应该这样或者应该这样产生,尤其是指人们应该从事某种行为”。“规范是指某种行为被命令、被允许或者被授权。”^[22] 而“规则具有很强的描述性的意义——人们或许说这具有规范性的意义——表示人们有‘权利(right)’去做,因为规则本身是正确‘right’的,而不是基于某种严重后果的恐惧。于此,‘规则’一词具有说明性(prescriptive)的意义”。^[23] 与此相对,“规范显然更适合于在强有力的描述语境中——人们所言的规范的例证——当法哲学家希望着眼于描述法的性质,也就是说,当他们希望着眼于法律秩序的‘内在(internal)’特征以及人们对现行法的运行所持的观念时,他们更愿意使用‘规范’(norms)而不是含义模糊的‘规则’(rules)”。^[24] 而且,正如拉兹(Joseph Raz)指出,规范具有评价的性质,因此它能够通过对某种行为的评价,具有指导人们行为的作用,从而使规范具有为人们所遵循的特性。^[25] 因为规则具有普适性,某种习惯可以是某种规则,但不一定是规范。所以,规范比规则具有更广的含义。正如学者认为,法律规范涵盖着法律原则、法律规则和法律概念的内容,比法律规则更具有

[21] Jean Carbonnier, *Droit Civil*, 26^e édition refondue, Introduction éd. PUF 1955, p. 51.

[22] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit de la 2^{de} éd. par Ch. EISENMANN, Dalloz, Collection Philosophie du droit (7), 1962, p. 6. 同时可参见 H. KELSEN, *Pure theory of law*, Translation from the second German Edition by MAX KNIGHT, University of California Press Berkeley and Los Angeles, 1967, pp. 4, 5, 7.

[23] Xavier LABBEE, *Introduction general au droit, pour une approche éthique*, Septentrion, 2004, pp. 11 - 12.

[24] George C. Christie, *Law, Norms and Authority*, Duckworth, 1982, p. 4.

[25] 参见[英]约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,中国法制出版社 2003 年版,第 57 页。