



元
照
法
学
文
库

CRITICAL STUDIES
OF THE CHINESE CIVIL LAW

批判民法学的 理论建构

薛军 Xue Jun

中国民法学的发展离不开对现有理论的反思。立足于批判性的视角，本书对当下中国民法学理论中存在的诸多问题进行了清理，对中国民法学的发展路向进行了探讨。本书是中国民法学基础理论研究领域的最新成果。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

CRITICAL STUDIES
OF THE CHINESE CIVIL L

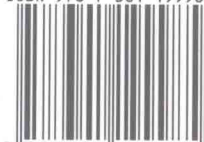
批判民法学的 理论建构

薛军 Xue Jun

我对薛军博士这一著作的出版表示祝贺。他在我的指导之下攻读博士学位期间，对民法基础理论就表现出浓厚的研究兴趣。最近几年来，我们曾经在不同的场合就此书涉及的论题和观点进行过交流。我非常赞赏薛军博士在撰写这一著作时的追求：作为一个中国的民法学者，他的思考必须回应中国民法学理论建构的现实需求；而作为一个民法学者，他也必须把自己的思考与世界范围内的民法理论发展联系起来。从罗马法到现代民法的发展，正是法学家在解决当下具体问题与建构一个理想的社会秩序这二者之间持续不断努力的结果。

——桑德罗·斯奇巴尼
意大利罗马第一大学教授

ISBN 978-7-301-19998-5



9 787301 199985 >

定价：46.00元

CRITICAL STUDIES
OF THE CHINESE CIVIL LAW

批判民法学 理论建构

薛军 Xue Jun

1835674



元
照
法
学
文
库



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

批判民法学的理论建构/薛军著. —北京:北京大学出版社, 2012. 1
(元照法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 19998 - 5

I. ①批… II. ①薛… III. ①民法 - 法的理论 - 中国 IV. ①D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 277637 号

书 名: 批判民法学的理论建构

著作责任者: 薛 军 著

责任编辑: 陈 康

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 19998 - 5/D · 3028

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

730mm × 980mm 16 开本 23.75 印张 438 千字

2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 46.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 言

《批判民法学的理论建构》一书是我最近几年所从事的研究工作的一个阶段性的小结。对中国当下的民法理论进行批判性的反思与重构,是我一直以来的学术追求。支持这一想法的是脑海中一个挥之不去的信念:中国民法学的发展与成熟离不开基础理论层面上的挖掘和开拓。记得在回国之前,我就拟定了一个庞大的研究计划,列出一份长长的“有待研究的民法理论问题”清单。这几年来,我也的确按照自己的规划,逐步展开研究工作。但与自己当初预设的目标相比,我对自己的当前的工作成效并不感到满意。

批判和反思中国当下的民法理论构架,重构真正属于中国的民法理论体系,这是一项庞大的工程,需要数代民法学人戮力同心,在理性的争鸣和辩驳中完成。无论从能够研究的问题的数量,还是从研究的广度和深度来看,单个学者所能够做的事情都极其有限。我之所以不揣冒昧,把自己研习民法基础理论的一些心得体会整理出来,作为一本著作出版,主要的考虑还是抛砖引玉,希望引起学界同仁对中国民法基础理论问题的关注。

本书在结构上分为四编,每编下面又分为三章,三章都集中讨论一个方面的问题。第一编关注的重点是社会变迁与民法理论范式的转变。在第一编中,我试图对中国民法的主流话语模式进行反思和批评。大概从1992年以后,民法学界就开始了建设适应社会主义市场经济的民商法体系的工作。这样的努力本身是值得肯定的,而且也取得了可观的成就,但民法学界在基本理论上并没有深入思考民法规范在建构市场经济体制的过程中所能够发挥的积极的、能动的作用,反而以一种本质主义的概念看待市场体制,认为市场存在某种客观不变的本质,民法的任务就是要去“适应”这种市场的本质要求。这样的观念忽视了市场机制的运行对于具体国家而言,都是内嵌于该国特定的政治意识形态、社会观念和文化传统的背景之中的,不同国家和地区都可以而且应该根据自己的时代主题,占据主导地位的价值观体系来建构具有自己特色的市场经济体制。在这样的过程中,民法制度并非消极地去“适应”某种抽象的、一成不变的市场模式,而是应该积极地参与建

2 批判民法学的理论建构

构具有中国特色的市场体制。对民法的这种理解看起来卑之无甚高论,但我认为有助于把民法理论从一种纯粹的私法性定位的理论模式中解放出来,有助于解释中国民法在制度和适用层面上所展示出来的一些特色性的因素。

关于民法在法律体系中的定位问题,尤其是民法与宪法的关系,最近一段时期以来引发了高度关注。来自欧洲的宪法规范的第三人效力理论也在中国民法学界颇为流行。我认为,只有把这一问题放置在法律体系发展演变的历史过程之中才可能有一个准确的把握。任何脱离历史和社会语境的抽象理论解释模式,都不足以把握民法与宪法关系的历史演变的全貌。欧洲的民法理论的宪法化趋势与欧洲民法的特殊历史,以及欧洲立宪民主制的政治构架有密切的联系。在缺乏这些前提条件的情况下,即使把这样的理论话语模式移植到中国来,也缺乏实践层面上的价值。在中国没有建立相对完善的宪法实施机制,而且中国政治结构没有实质性的多元化力量格局的时候,包括民法在内的部门法,不可能借助于欧洲国家的宪法化的理论模式来解决部门法领域中出现的价值观整合的难题。把欧洲民法的宪法化的理论的具体历史语境弄清楚有助于澄清宪法层面上的,在本质上是一种客观价值秩序之宣告的基本权利体系与民法上的权利概念之间的重要差别,不至于把二者混为一谈。而这样的混淆在中国民法学者中间尤其严重。

在第一编第三章我提出了“私法立宪主义”的概念。这主要是一个阐释性的概念,试图对现代民法相对于19世纪古典的民法理论(维耶克意义上的)的发展,给出一种新的理论解释框架。当然这一研究也着眼于揭示在全球化时代,对私人创制规范的力量进行某种控制的必要性。在传统民法理论中,通常将私人自治的尊重等同于私人自由的保障,并且在国家法秩序与私人秩序(private order)这二者的关系中,总是认为后者处于弱势的一方,处于前者可能的侵犯和威胁之下。但是新的社会经济条件下,这样的前提假设并不一定总是成立的。伴随着日趋显著的全球化趋势,强大的跨国公司的力量,在事实上并不弱于单个的政治共同体,放任私人的规范创制力量,可能会导致民法的私人化(privatization)。私法立宪主义的提出,其实就是要为这种日益强大的私人力量施加基于政治的、伦理的控制,避免让经

济效率的逻辑成为宰制一切的力量。换言之,那种反映纯粹的交易中的力量对比的私人秩序,应该经历一种使之“文明化”(civilization)的规制。

第一编在总体上关注社会变迁以及民法理论如何回应社会变迁、发展和完善自己的理论框架。在这一方面值得关注的问题很多也很复杂。最近一段时期以来,许多国家的民法在基础理论方面的研究非常活跃,而且重视与政治哲学、社会科学、经济学最新理论发展成果进行结合,呈现出极其繁荣的态势。反观中国民法学界,似乎对这一层面上的理论发展关注不够。这会导致民法基础理论的研究停滞不前,以及民法理论框架与社会现实脱节。这一问题值得引起高度关注。

本书的第二编关注的是法律行为的基础理论问题。法律行为概念是中国民法的核心概念之一。无论在立法层面还是在理论层面,它都居于核心的地位。但颇为吊诡的是,除了大约20年前董安生教授撰写的《民事法律行为》一书,中国民法学界居然再没有以法律行为作为对象的研究性的专著,而且即使是专题研究论文,数量也不多。这与法律行为在中国民法理论中的重要地位是极不相称的。在本编中,我主要讨论了法律行为的合法性问题,作为立法概念的法律行为以及作为学理概念的法律行为的区分问题,以及相应的法律行为立法模式,还对法律行为理论作了一番知识考古学分析,以及处理了在汉语法律术语中的译名选择问题。可以说这些问题或多或少都是法律行为理论被引入中国以后,在中国民法理论的语境中发生的特殊问题。

在讨论法律行为的性质的时候,我着重分析了法律行为所具有的“规范性”特征。正是这种规范性特征,决定了法律体制对其做出的判断主要是效力性判断(validity)而不是合法性判断,后者针对的是某种实在的行为,而法律行为在本质上是一种意志行为(act of will)。传统的法律事实的划分体系把法律行为当作法律事实的下位概念并不妥当,因为法律行为本身已经包含了规范性的因素,那么它就不是纯粹的其效果(effect)有待评价的事实(fact)。其实把法律行为看做是私人创制相互之间的规范的行为,把民法中的关于法律行为的规范看做是哈特意义上的“承认规则”——也就是承认/否认哪些私人创制的规范可以具有正式法律层面上的效力,可以

4 批判民法学的理论建构

成为国家强制执行的依据,这样就能够比较好地说明法律行为的性质,以及为什么不能把合法性看做是法律行为的本质属性。把合法性看做是法律行为的本质属性,会遮蔽和扭曲法律行为范畴中体现的对私人自治的尊重,以及社会中存在的多元规范体系及其相互配合和影响的事实。

中国自《民法通则》以来就在立法层面上使用了(民事)法律行为概念,但是在后来的民事立法活动中,并没有严格遵循德国式的以法律行为概念为核心的大的民法总则的立法模式。这尤其体现在《合同法》的立法中。《合同法》第三章对合同的效力判断规则作出了相当详细具体的规定,而在德国模式之下,这本来应该属于总则中的法律行为所应该处理的问题。此外还可以看到《婚姻法》和《继承法》中也有针对婚姻以及遗嘱的效力判断规则。所以至少就目前的状况而言,很难断言中国已经采取了德国式的抽象的法律行为概念。要把这个问题说清楚,就有必要区分作为立法概念的法律行为与作为学理概念的法律行为,以及指出这样一个事实:就民法典的立法模式的趋势而言,德国式的抽象的法律行为立法其实是一种正在被日益抛弃的模式,取而代之的是针对更加具体的意思表示类型设立更加有针对性的规范的做法。这一点在《意大利民法典》和《荷兰民法典》对法律行为的处理中都有所体现。由于这一问题涉及中国民法立法的基本结构问题,因此仍然需要深入细致的研究。

在中国民法理论中一直存在这样一种观点,法律行为是落实私人自治的法律工具,不承认法律行为就是不认可私人自治。这样的观点似是而非,没有认识到德国式的抽象的法律行为范畴更多的是一种理论层面的建构,受到其独特的法学理论传统的影响。要摆脱对法律行为理论教条式的观念,就必须对这一理论的发展进行历史的还原。事实上,即使在欧洲的语境中,在立法层面上针对一般性的法律行为设立规则只是少数。许多国家的民法典中并不存在一个抽象的一般性的法律行为概念,这并不妨碍他们同样承认契约自由、婚姻自由、遗嘱自由,因此也是尊重私人自治的。还要考虑到,法律体制对私人自治的承认、尊重和保护,在不同的民事生活场域中,其程度并不相同,因此抽象地把法律行为概念与私人自治联系起来并没有多少实际意义。中国民法学界必须要摆脱上述似是而非的观念,有助于

我们理性地思考中国民法典的建构模式以及相应的民法理论体系。

本书第三编是关于人格权的基础理论研究,其中讨论了人格权的基本理论模式,一般人格权以及关于法人人格权问题。人格的保护是法律体制的根本任务,民法自然会以民法的方法和从民法的角度来实现这一目标。之所以强调是以民法的方法从民法的角度,主要是因为各个法律部门都会参与实现人格保护这一目标,但是各法律部门所采取的手段是存在差别的。把人格利益处理为典型的“主观权利”也就是人格权,是民法实现对人格的保护的主要手段。但是如何进行这样的权利化的处理,存在不同的思路。本编第一章集中分析了两种理论思路:一种是以内涵不确定的“人格利益”为内容加以权利化,从而构造出一个潜在的无所不包的一元化的人格权概念。这样的做法的确可以避免权利化过程中的遗漏和不完备问题,但是也使得这一权利的边界高度不清晰,导致必须借助于个案来确定权利的具体边界。另外一种思路是规范一系列内涵和边界相对具体和清晰的人格权体系,同时对于非典型人格利益则借助于法律原则的适用等其他法律技术来加以保护。后者相对于前者而言,更加适应中国的具体情况,也能够比较好地兼顾人格保护与对他人自由的尊重这二者之间的协调。

而关于一般人格权,是一个被中国民法学界谈论得很多,但是理解得较少的概念。它是德国民法特殊的问题语境之下产生出来的话语模式。在功能上它其实就是一个人格利益应该受到保护的一般条款,在运用时它必须依托于法官对个案涉及的各种利益的衡量。侵犯一般人格权是否具有违法性必须由法官具体判断,而不能采取结果违法性的推定规则。中国民法理论引入这一概念存在语境上的不吻合、制度和理论上的不协调问题。因为中国的侵权责任法并没有采取德国侵权法那么狭窄的体系,而且中国民法上,至少根据主流观点也不认为违法性是侵权责任成立的构成要件。因此,我的观点是不使用这样的一个名实不符的权利概念,代之以明确的关于人格应该受到尊重和保护的、法律原则的宣告,以法律原则的适用技术来实现对非典型人格利益的保护。

对于法人人格权,虽然中国的民事立法和主流理论都认为法人可以在一定的限度之内享有人格权,但是其中的理论却似乎没有说得很透彻,而且

学理也不乏反对的意见。对这一问题的认识仍然必须从“人格展现的不同形态”的角度出发。我们通常所理解的人格保护,指的是自然人的人格保护,这是确切无疑的。但是自然人不仅以其个体的形态展示其人格,也可能结合为团体,作为团体的成员在团体中发展和丰富其人格。对于后一种形态的人格利益,恐怕不能否认其存在的合理性以及保护的必要性。所以承认法人可以享有某些类型的人格权,对于保护自然人的某种特殊形态的人格利益是有必要的。另外还要注意的,当我们讨论法人是否可以享有人格权的时候,还必须把这个问题与团体的法律环境联系起来考虑,不能看到法人就想起公司,并且认为法人制度无非是自然人联合起来利用有限责任制度筹集资本的一个制度工具。法人制度具有更加广泛和多元的社会价值。由于实质上的结社自由受到限制,社会生活中的公民之间借助社团而进行的横向整合程度低下,行政吞没社会,所以导致我们没有感受到社团对于个人人格发展的积极作用。这一点必须在中国民法所确立的法人的立法政策中得到纠正。

关于在民法层面上落实人格保护问题,民法学界最近几年来给予的关注不少,而且讨论颇为激烈。但我认为学界在这一问题上缺乏一种社会政策的视角以及对于中国具体语境的考虑,往往不自觉地落入到纯粹技术性、概念性的论争之中。毋庸讳言,在国外尤其是在欧洲,人格保护往往是作为宪法价值的组成部分,借助于能动的司法技术来实现。但是我认为在中国落实人格保护没有必要也不可能复制这样的路径。宪法化的话语模式在中国现阶段属于我们无福消受的奢侈品,好看不中用。另外,在规范的层面上采取模糊化处理,期待以法官的创造性司法活动为主导来实现对人格利益的保护,这恐怕也没有理解中国式的法官的行为模式。在这个问题上,我坚定地认为,必须要尽可能地以具体的、详细的人格权法规范把重要的人格利益在民法上处理为一系列的人格权,让人格保护至少在民法层面有清晰可见的“路线图”,可以在普通的民事诉讼中得到落实,而不是高高挂起(其实就是搁置起来)。

本书第四编是关于民法典编纂的理论问题。虽然最近一段时间民法学界对这个问题的关注有所下降,但它毕竟是一个无法回避的问题。即使采

取分步走的策略,我们也最终面临着一个如何把这些分步走而产生的立法成果,也就是一系列的民事单行法串联在一起的问题。法典编纂理论是大陆法系民法理论的一个传统话题之一,其中涉及的问题很多,可以分析的角度也很多。这一编中讨论了理想层面上的民法典编纂的价值基础问题,也就是说我们的民法典应该表现出何种鲜明的价值判断。严格来说,这同时也是整个民法制度体系的价值追求问题。另外也关注了民法典体系结构问题,也就是德国式的五编制结构的发生学的考察。最后还结合蒂堡与萨维尼之间关于法典编纂的著名论战,分析了法典编纂的基本理论问题。

总的来说,我们所期待的中国民法典,无论它以何种形态出现在我们的面前,都值得我们用一种理论的视角去剖析和审视。而最近几年来在民事立法中出现的一些现象和做法,的确让我对拟议中的中国民法典产生了一种不好的预感。但无论如何,它是必然会出现在我们眼前的,它将成为我们这个时代的政治和学术生态最生动的写照,让后人评说。

在这个前言的最后部分,还是要表达我的一些致谢。首先要感谢引导我走上学术生涯的两个导师:厦门大学的徐国栋教授和意大利罗马第一大学的桑德罗·斯奇巴尼教授。能够在硕士和博士读书阶段分别遇到他们两个,的确是我的幸运。我相信只有我自己在内心深处才能够真正体会到我所指的“幸运”的全部含义。在这里我不能把这种含义原原本本地说出来,那样会得罪很多也号称是导师的所谓学者。关于这个话题,就此打住。

另外还要感谢多年来给我以教益的许多学界的朋友,在这里就不一一列举他们的名字了,免得有拉虎皮做大旗的嫌疑。我的这些朋友并不一定赞同我在本书中阐述的想法和思路,但是这些年来他们还是把我看作一个同道,利用各种机会在各种场合与我交流观点,畅谈学术,这就足够让我感动。我不是那种善于主动出击、广交朋友的人,但这些年来还是结交了一些虽然不会经常在一起吃吃喝喝,但见面了不觉得生疏的朋友,这给了我莫大的鼓励。虽说世道日下,人心不古,但毕竟有几个朋友抱团取暖,我知足了。

此外还要感谢我的挚友李爱东先生。他几年前慷慨无私的帮助使得我不至于在北京这个房价忒贵的地方,为了解决居住问题而四处打工刨食。他的帮助使我能够比较安心地、日复一日地在办公室里阅读、思考、写作、翻

8 批判民法学的理论建构

译,等等。从某种意义上说,没有他的支持也没有这本书的出现。不仅如此,每次与他长谈,都让我对我们这个国家和社会的了解及认识更加深入。爱东是80年代的大学生,名副其实的高材生,亲历过年轻时理想最残酷的幻灭。后来虽然投身实业,但他骨子里的理想主义情怀一直让我感动。他对我的很多期许,常让我既有动力也倍感压力。

最后要感谢的是我的亲人们。虽然说到目前为止我的表现让他们感到还算满意,但距离中国传统观念中的光宗耀祖、“一人得道,鸡犬升天”的感觉还是有巨大差别的。好在他们对我从来就没有此类不切实际的期望。母亲从来不关心我在看什么书,琢磨什么东西,发表了什么文章——这与她何干?她只希望我吃得饱穿得暖,不要太辛苦。记得读大学的时候回去过暑假,把暑假要读的书放在桌子上,厚厚一摞,然后一本一本看过去。母亲总是隔三差五地比划一下书堆的高度,然后叹息“还有好多啊”!这就是亲人的逻辑,他/她在乎的只是你自己,而不是那些用来定义你的东西。他们会为你的成功而快乐,会为你的失败而痛苦,这只是因为他们快乐着你的快乐,痛苦着你的痛苦。每每想到这些,总感到振奋。无论前程是风还是雨,还要继续努力,因为,自己并不孤独。

薛军

2011年12月

目 录

第一编 社会发展与民法理论范式的转型

- 第一章 两种市场观念与两种民法模式 3
- 第二章 民法—宪法关系的演变与民法的转型 30
- 第三章 私法立宪主义论 66

第二编 法律行为基础理论批判

- 第一章 破解法律行为“合法性”的迷局 95
- 第二章 法律行为理论的继受对民法典立法模式的影响 119
- 第三章 法律行为的知识考古学分析 132

第三编 人格权基础理论的反思与建构

- 第一章 人格权的两种基本理论模式与中国的人格权立法 153
- 第二章 揭开“一般人格权”的面纱 176
- 第三章 法人人格权的基本理论问题探析 198

第四编 民法典编纂的基本理论问题

- 第一章 人的保护：中国民法典编纂的价值基础 213

2 批判民法学的理论建构

第二章 德国民法潘德克顿体系的形成 235

第三章 蒂堡对萨维尼的论战及其对中国民法典编纂的启示 268

附录 意大利现代民法思潮 319

第一编 社会发展与民法 理论范式的转型

第一章 两种市场观念与两种民法模式

第二章 民法—宪法关系的演变与民法的转型

第三章 私法立宪主义论

第一章 两种市场观念与两种民法模式

一、经济体制的民事立法政策内涵：中国民法学界的解读及存在的问题

回顾自 1978 年到 2008 年这 30 年的法制发展历程,可以发现,没有哪个部门法如同民法那样,如此紧密地与中国经济体制改革的每一个阶段相联系。^① 伴随着经济体制从计划经济到有计划的商品经济,再到社会主义市场经济体制的变迁,中国民法也经历了从最初存在的必要性尚受到质疑的边缘状态,到 1986 年《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)明确宣告民法的地位,再到 1992 年以后迅速发展成为最重要、最有影响力的法律部门之一。^② 在笔者看来,中国民法之所以能够获得这种发展,与民法学者对这 30 年来中国经济体制改革的立法政策内涵作出解读,并及时在立法和理论研究上予以回应是分不开的。

无论“计划经济”、“有计划的商品经济”还是“社会主义市场经济”,作为基本经济体制,都具有特定的民事立法政策内涵。在计划经济体制下,生产、交换和分配的环节,都受制于刚性的计划,私人自主的空间非常有限,民法存在的必要性当然会受到质疑。但是,当中国开始逐步抛弃纯粹的计划经济体制,引入市场因素的时候,民法学界立即准确地解读出这一经济体制改革中的民事立法政策内涵,紧紧围绕商品经济体制所要求的法律框架,建构相应的民事立法和理论体系,其成果即表现为 1986 年《民法通则》的制定。^③ 当 1992 年我国确立了建设“社会主义市场经济”的目标的时候,民法学界又一次对这一经济体制改革的民事立法政策内涵作出解读,提出建设

① 参见梁慧星：《中国民法经济法诸问题》，法律出版社 1989 年版。

② 参见苏力：《也许正在发生》，法律出版社 2004 年版，第 53—54 页。根据苏力基于从 1998 年到 2002 年期间的法学著述引证的研究，民商法学科是当前研究的热点，在统计的 50 个他引最多的法学者中，民商法学者无论排名和总数，都是最突出的。

③ 从商品经济的角度阐述民法的体系和基本框架，最典型的论述，参见佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 31 页以下。