

|天
Borderless
|下

法学原论

The Law of Contract

(Fourth Edition)

By Han Shiyuan

合同法总论

(第四版)

韩世远 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

|天
Borderless

|下

法学
原论

The Law of Contract

(Fourth Edition)

By Han Shiyuan

合同法总论

(第四版)

韩世远 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

合同法总论 / 韩世远著. -- 4版. -- 北京: 法律出版社, 2018 (2018.7重印)
ISBN 978-7-5197-2185-5

I. ①合… II. ①韩… III. ①合同法—研究—中国
IV. ①D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第080014号

合同法总论(第四版)
HETONG FA ZONGLUN(DI SI BAN)

韩世远 著

策划编辑 黄倩倩
责任编辑 黄倩倩
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任校对 郭艳萍
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 61.5
字数 1177千
版本 2018年6月第4版
印次 2018年7月第2次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782 西安分公司 / 029-85330678 重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636 深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2185-5

定价: 128.00元

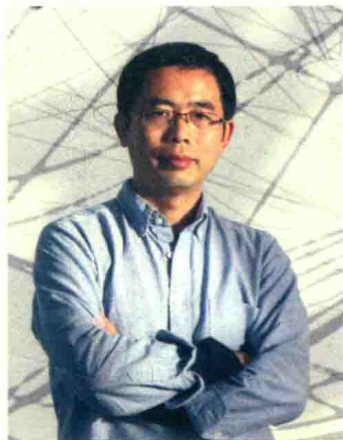
(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

|天
Borderless
|下

博 稽 古 今 融 汇 天 下

谨以此书献给我的父亲母亲

合同法总论



韩世远 (HAN Shiyuan)

1969 年出生于江苏丰县，法学博士（1997 年）。

现任清华大学法学院教授、博士生导师。

兼任北京仲裁委员会仲裁员；中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员；

Member of CISG Advisory Council（《联合国国际货物销售合同公约》咨询委员会委员）；

Associate Member of International Academy of Comparative Law（国际比较法学会会员）。

曾任美国哈佛大学法学院富布赖特访问研究学者（2014.8–2015.8）；德国马克斯·普朗克外国私法与国际私法研究所访问学者（2006.10–2007.9，2009.6–2009.9）和高级访问学者（2017.8–2017.11）；日本法政大学 HIF（法政国际交流基金）招聘研究员（2000.10–2001.9）。

曾获第四届全国十大杰出青年法学家提名奖（2004 年）；中国法学会优秀科研成果奖（民法学科著作类一等奖，2005 年）；入选教育部 2006 年度“新世纪优秀人才支持计划”（2006 年）；教育部“高等学校科学研究优秀成果奖（人文社会科学）”三等奖（2009 年）等。

◎主要著作和论文

《合同法总论》（法律出版社 2004 年第 1 版，2008 年第 2 版，2011 年第 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）；《民法的解释论与立法论》（法律出版社 2015 年版）。

《构造与出路：中国法上的同时履行抗辩权》，载《中国社会科学》2005 年第 3 期；《违约金的理论问题》，载《法学研究》2003 年第 4 期；《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法》，载《中国法学》2007 年第 3 期；The Performance Interest in Chinese Contract Law: Monetary Awards, in Chen-Wishart, Loke and Ong (eds.) *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press 2016（英国）；The Application of the CISG in International Commercial Arbitration in China, in Schwenger (ed.) *35 Years CISG and Beyond*, Eleven International Publishing 2016（荷兰）；The UNIDROIT Principles and the Development of the Chinese Contract Law, in UNIDROIT (ed.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law*, Vol. 2, UNIDROIT (Rome) 2016（意大利）；Basic Issues for Understanding Change of Circumstances under Chinese Contract Law, *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Sommaire de la Livraison No.2 de 2015（比利时）；Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia, *Villanova Law Review*, Vol. 58 No. 4, 2013（美国）；China, in: Ferrari (ed.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, sellier.european law publishers GmbH, 2008（德国）；Force Majeure, Change of Circumstances and Termination of Contract, in *Journal of Law, Society and Development*, Volume 3, Issue 1, 2016（南非）。

比较法与解释论

(代四版前言)

2015年8月,哈佛大学校园里游人如织。匆匆穿行校园,见黑槐树的花落了一地,让人想到此时北京的清华园,景象应该相似,既不是人间四月天,也不是五月槐花香。由于是假期,在哈佛大学法学院兰德尔(Christopher Columbus Langdell, 1826-1906)法学图书馆四楼阅览室里,看书的人并不多。室内墙壁上挂着许多哈佛法学名家的画像,我所坐书桌旁的画像正好是威利斯顿(Samuel Williston, 1861-1963),而我却拿着一本柯宾(Arthur Linton Corbin, 1874-1967)的《柯宾论合同》第四卷,翻开精装封面,赫然映入一个人的签名:Lon L. Fuller(富勒,1902-1978)。无疑,几十年前,这本书属于签名者所有,签名者也一定熟读过这本书。富勒曾是哈佛法学院教授,虽已去世,其合同法教科书却在不断地出新版。方斯沃斯(E. Allan Farnsworth, 1928-2005)也已去世,只是不知他的书是否有人接续修订。这些人的书,都在这层阅览室的书架上,可随手取来阅读。机缘巧合,让我这位中国人来到这个阅览室里,阅读这些非汉字写成的图书。法及法学,均属地方性知识;美利坚这片土地上的法,对于中国人而言,只算是外国法或者比较法(作为比较对象的“法”)。这样的比较法,对于我们,究竟有什么意义?

在“三版前言”中,我曾写道:“《合同法》是比较法的产物,是典型的‘混合继受’的结果。立法者的任务固已完成,留给司法者及学者的任务却异常繁重。解释论的展开必然是以‘整合解释’为归趋,这也就意味着‘法典继受’后,我们无法通过简单的‘学说继受’来代替中国学者对《合同法》的解释论作业,我们无法通过翻译外国的教科书来代替中国的教科书。中国法官及学者,任重而道远。”这段文字,今天依然是我的心声。

法律比较(Rechtsvergleichung)或者比较法之目的或功能通常体现于获取新知,通过比较观察,提升对于相关法秩序的理解,或者借以填补其法律漏洞。而通

过比较探寻发现某领域法秩序的共同基础,为追求统一法奠定基础,则被视为是法律比较的一项新任务(eine neue Aufgabe)。^① 仅就前者而言,了解你的邻居,是为了更好地了解自己。阅读比较法,让人获得不同的启发或者灵感,这一点在人世间是共通的。当我阅读威利斯顿先生在1899年发表在《哈佛法律评论》上的关于大陆法系双务合同债的牵连性及履行抗辩权的论文时,读到的是他对于比较法的重视及运用(尽管那时“比较法”观念尚在孕育过程中),并深为其研究能力(包括阅读拉丁文、法文、德文的能力)及洞察力所折服,深信其作为合同法大家,绝非浪得虚名。这种比较法传统,在霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr., 1841 - 1935)、柯宾、卢埃林(Karl Llewellyn, 1893 - 1962)、方斯沃斯等人身上,均有体现。20世纪美国合同法领域,群星璀璨,比较法功不可没。面对这闪耀的群星及其巨著,我所能表达的只有敬意!

21世纪的美国,是否还需要像威利斯顿、柯宾及方斯沃斯这样的合同法 Principle Writer 以及谁会成为这一传统的继任者?对此,我们还需要进一步观察。不过,钟摆似乎摆向另一个方向,如今的美国法学学人似乎不太在意比较法,而更在意“法和经济学”(Law and Economics)。经济分析的势头强劲,业已攻占了所有主流的美国法学院。从老波斯纳(Richard Posner, 1939 -)在 HeinOnline 数据库中被引次数,也可有所反映,这老先生两万多次的被引,恐怕在今天的美国,鲜有法学教授能出其右。2015年夏天从哈佛大学法学院荣休的肯尼迪(Duncan Kennedy, 1942 -)先生,这位批判法学运动(The Critical Legal Studies Movement)的旗手,在与我谈及美国法学院的现状时,“批判法学”的本色依旧:“现在的美国人以为一切都是他们发明的,他们不再去阅读欧洲的文字和思想。”我去拜访肯尼迪先生,第一次在其研究室见面时,他讲的第一句话竟是“我也是合同法学者”。我丝毫不怀疑合同法在其心目中的重要位置,因为在他研究室的一幅表现1976年成为哈佛大学法学院教授时形象的油画像上,那个意气风发的年轻学者手中拿着一本大部头的著作——《肯尼迪论合同》,那一定是他那时的一个梦想。40年后,肯尼迪先生终究没有出版一部真正的 Treatise 叫作《肯尼迪论合同》,个中原因,不曾细问。

与美国适成对照的是欧洲或者德国。2017年我重访汉堡马普所,老友中田邦博教授到研究室叫我,同去参加研究所里举行的报告会。报告人 H. Rösler 教授报告的内容是欧洲法院(European Court of Justice)的法解释方法,其中很重要的一项内容便是比较法方法。事例之一,是关于缔约过失责任,欧洲法院考察不同成员国的国内法,最终依大多数国家的做法处理。报告后,日本京都大学法学院院长山本

^① Vgl. Hein Kötz, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2015) 2 ff.

敬三教授等人参与了提问。我提了两个问题:其一,欧洲法院所用的比较法解释方法与茨威格特先生当年提倡比较法解释方法时在头脑中所想的比较法是否一样?其二,比较法解释方法在当下德国实务中的应用如何?就后者而言,所得答复似乎并不乐观,德国的法官对于比较法解释方法运用并不多。由此我们或可获得一个初步的结论:在法体系的形成期,比较法最易发挥其作用;一旦法体系形成并日趋成熟,该体系已可为所遇到的法律问题提供成套的解决方案,自给自足,便成寻常。

由美国及欧洲的现象,不能不让我想到中国,想到大国崛起,想到正在崛起中的中国意识、中国元素和中国创造,想到群潮涌动的民法典起草。回观《合同法》,围绕第66条和第67条,笔者曾指出过第66条存在漏洞(法律漏洞说),也提到了“同时履行抗辩权的分立”这一解释论现象不容忽视,提示具有整合力的解释论的建构是将来的理论课题。对于立法者的创新,笔者无意抹杀。不过,如果回头研究比较法,我们会变得更理性一些。通过本次修订,笔者以功能比较的方法,揭示日本、德国、我国台湾地区以及美国法上债务履行顺序不同场合的同时履行抗辩问题,以及其间呈现的相同的价值判断和利益衡量。以比较法充实解释论,可以让解释者变得更理性而非更任性。至于先履行抗辩权的创新,究竟“新”在哪里,也可通过比较法而获得清醒的认识。“日光之下,并无新事”(There is no new thing under the sun)。向来如此。

本书自2004年出版以来,至今已经一十四载。一本书,也算是一个人的学思记录。2000~2001年,笔者曾在日本法政大学访问研究,因而本书第一版有比较浓重的日本法学的影响印迹。2006~2007年以及2009年,笔者两度在德国马克斯·普朗克外国私法与国际私法研究所访问研究,因而本书第二版及第三版逐渐增多了德国法学的影响印迹。2014~2015年,笔者以富布赖特访问学者身份访问哈佛大学法学院,所以,本次修订或许会呈现一些美国法学的影响印迹。2017年3月15日,《中华人民共和国民法总则》颁布,这是我国迈向民法典的重要一步。该重大事件使本书的修订延后。是年8月,我又一次访问德国马克斯·普朗克外国私法与国际私法研究所,使本书的最后收尾在德国完成。

合同法作为交易规则,是私法中最具共通性的领域。国际私法统一运动的成果往往是集中在交易规则领域,尤其是合同法。无论是《联合国国际货物销售合同公约》还是国际统一私法协会(UNIDROIT)《国际商事合同通则》以及《欧洲合同法原则》,都可以说明这一点。因而,合同法相较于物权法、侵权法、婚姻法以及继承法,应该是最具有世界性的领域。正是考虑到这一特点,对于合同法的解释论作业,恐怕不宜单纯满足于“悟言一室之内”,而必须放眼当今世界。合同法的解释论

作业,尤其应重视比较法,当可断言。

2010年,我有幸被遴选为《联合国国际货物销售合同公约》咨询委员会(The CISG Advisory Council)成员。自此,每年有机会与此领域的国际顶尖学者共同研讨与公约相关的疑难问题,参与该委员会“意见”的讨论。这些活动,本身也是比较法学问的切磋。通过与来自不同法系、具有不同法学背景的顶级学者交流,感受比较合同法的最新国际潮流及脉动,并逐渐形成共识,促进对于公约的统一理解和适用。当然,通过参与这些活动,也有助于提升自己对于我国《合同法》相关条文的理解,因为《合同法》参考公约之处颇多。

自1979年以来,中国恢复法制建设;如今,致力于法治社会的构建。成文法律制度,从无到有,是几代人的心血。法律如何从纸上的法变为活法,则是一项更大的工程。后立法时代的解释论作业,正是其中重要的一环。许多事物,从0到1或许相对较易,而从1到1.5可能相对较难。如果说前者是要解决如何“吃饱”的问题,那么后者则可以说是解决如何“吃好”的问题。比较法,不仅能够帮助我们解决如何“吃饱”,更可以帮助我们解决如何“吃好”。通过比较法,不仅可以拓宽我们的知识视野,拓展我们的思想维度,更可以丰富我们的思维方法。法学方法可以多元,也应该多元。法学问题,正如数学问题,可用不同的方法解决,结论相同,可以增强解释者对结果正确的确信;结论不同,恰恰暴露需要解释者重视的问题,这又何尝不是一件好事?因而,学问之事,方法不同,认识差异,结论有别,均属正常。重要的是,就学术之争,以平常之心,包容之姿,疑义相与析,在法律人共同体中形成共识。

感谢我的两位导师——梁慧星先生及崔建远先生!两位先生引领我进入民法学学术研究之门,他们的引领,使我少走许多弯路。他们对于本书的批评,表明他们对于本书的重视以及对于学生的爱护。爱之深,责之切,即此之谓。对老师的批评意见,我慎重反思,并尽可能地吸收。学生领会不到位之处,也请两位老师雅谅。学术不亦如艺术?道不同,道却相同。恰如白石老人画语:“学我者生,似我者死。”生死之事,兹事体大,岂可不慎?

感谢美国富布赖特基金会(Fulbright Scholarship Program)的资助,使我有机会在哈佛法学院安心读书写作,并有诸多机会深入了解美国社会文化。感谢安守廉(William P. Alford)教授夫妇!安教授担任我访问哈佛法学院期间的Host Professor,他的帮助总是那么及时而有效。感谢肯尼迪(Duncan Kennedy)教授!读其文,闻其言,数次深度长谈,于我是头脑风暴,是智识挑战,受益匪浅。感谢迪马特奥(Larry A. DiMatteo)教授,他邀请我访问佛罗里达大学,并结识其家人;春日漂流,虽在异国他乡,却使我感受到了何谓“暮春者,春服既成,冠者五六人,童子六七人,

浴乎沂,风乎舞雩,咏而归”。感谢清华大学法学院王振民教授、上海交通大学彭诚信夫妇、丁如及张赆夫妇、胡小倩夫妇等朋友!他们使我在波士顿的生活丰富多彩。感谢我的老同学刘戈及其家人,为我和家人访问加州提供诸多友情帮助。感谢我的家人!他们的陪伴赋予我前行的力量。

访美归国前夕,偶感光阴易逝,人生如寄;写下四句,以为这段哈佛时光的纪念:

韶华不为少年留,不觉白了少年头;
查河默默波屯过,白云悠悠剑桥游。

2017年8月,我重访德国汉堡马克斯·普朗克外国私法与国际私法研究所,为此应特别感谢所长巴塞多教授(Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Jürgen Basedow)、所长齐默尔曼教授(Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Reinhard Zimmermann)和朴法眼教授(Prof. Dr. Knut Benjamin Pißler)所提供的帮助!在这暑期,研究所里来自世界各地的访问者云集,能在图书馆阅览室里有一张桌子已属不易,他们竟为我安排了一间独立的研究室,书架上有全套的《国际比较法百科全书》以及大量的资料文件夹,其主人是 Ulrich Drobniig 先生(马普所前任所长、《国际比较法百科全书》编辑委员会的成员),一位令人景仰的比较私法大家。访问期间,偶成四句:

马普所里风入松,易北河畔人敲钟;
洋为中用法比较,孤鸿何复计西东。

在德国汉堡阿尔斯特湖(Alster)旁,我感受到了比较法的力量。

韩世远

2015年8月12日初稿于哈佛大学法学院兰德尔法学图书馆

2017年8月20日补记于德国汉堡马克斯·普朗克外国私法

与国际私法研究所310室

2018年3月28日改定于北京清华园典墨斋

三版前言

本书初版于2004年(三次印刷),二版于2008年(两次印刷),时至今日,早已售罄。许多热心读者(在校学生、法官、律师等)对本书给予积极评价,有些法官甚至将本书当成手头常备的办案参考书。读者的厚爱给我以极大的鼓舞和动力,坚定了我将本书持续修订下去的信心和决心。

本次修订使本书篇幅有所增加,希望阅读简明版的读者,可以阅读我写作的《合同法学》(普通高等教育“十一五”国家级规划教材,高等教育出版社2010年版)教科书,其中不仅有“总论”,亦有“分论”十五种具体合同。教科书是面向本科生初学者,本书则更适合有一定基础的读者。

本次修订的动因是:其一,出台了新的法律、法规和司法解释;其二,裁判实务产生了新案型、新问题;其三,学术研究在主客观方面均有新进展;其四,获得了一些新资料。

本次修订是全面的,无论是内容还是形式,均较前版有明显的进步。在内容方面,结合新的法律、法规和司法解释,特别是结合最高人民法院关于适用《〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》,逐处修订本书内容。另外,刊登在《中华人民共和国最高人民法院公报》上面的案例,也是本次修订关注的重点之一。在形式方面,为方便读者阅读,在每章开头制作了详细目录。另外,全面订正本书记注,引用外文文献,尽量遵循其惯常引用方法。在此过程中,清华大学法学院博士生小林正弘校订了全书日文脚注,并做文字转换处理;博士生武腾和硕士生葛江虬帮助校对,对其帮助表示诚挚的感谢!

《合同法》是比较法的产物,是典型的“混合继受”的结果。立法者的任务固已完成,留给司法者及学者的任务却异常繁重。解释论的展开必然是以“整合解释”为归趋,这也就意味着“法典继受”后,我们无法通过简单的“学说继受”来代替中国学者对《合同法》的解释论作业,我们无法通过翻译外国的教科书来代替中国的教科书。中国法官及学者,任重而道远。

书中文字观点难免存在谬误和疏漏,一如既往地欢迎学界前辈及各界贤达批评指正。

韩世远

2011年7月8日

于清华园

民法的解释论与立法论

(代二版前言)

民法理论大致可以分为两类: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。这就要求首先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,是错把中国当美国了。

读者或许会以为我是否视法官为“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(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。即便如此,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,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“纸上谈兵”之人,

那我们的法学教育真的是出了问题了。

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评头论足,一副指点江山、挥斥方遒的派头。如果这样的风气盛行,将会造成很多不良的后果。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,学习的重点也是在于解释论,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“工夫活”。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。

(《民法的解释论与立法论》一文发表于2005年5月18日《人民法院报》B1版。以此短文代二版前言,并借以强调法律人区分解释论与立法论的重要性,希望能对本书读者有所启示。——作者按)