

嶽麓 法学文库

体系化的民法与 法学方法

许中缘 著

 法律出版社
LAW PRESS CHINA



体系化的民法总则——

法律方法

王泽鉴

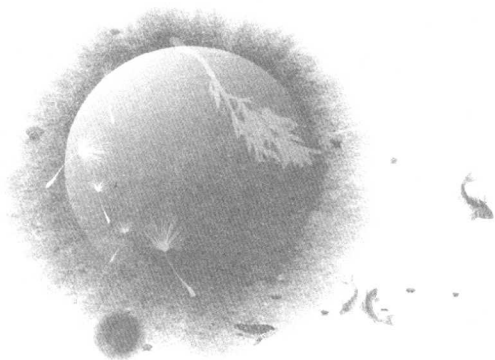


嶽麓法学文库

体系化的民法与 法学方法

许中缘 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



图书在版编目(CIP)数据

体系化的民法与法学方法/许中缘著. —北京:法律出版社, 2007. 7

(岳麓法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7646 - 8

I. 体… II. 许… III. 民法—方法论—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 131393 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜 贾丹丹

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/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/12.125 字数/327 千

版本/2007 年 7 月第 1 版

印次/2007 年 7 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 - 63939738

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 苏州公司/0512 - 65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7646 - 8

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



许中缘 1975 年出生于湖南武冈，吉林大学法学院法学学士、民商法硕士，中国人民大学法学院民商法在读博士，湖南大学法学院副教授。在《法制与社会发展》、《比较法研究》、《法学》、《法律科学》、《当代法学》、《月旦民商法杂志》等法学刊物上发表学术论文二十余篇。其中有近十篇分别被《中国社会科学文摘》、《高等学校文科学报文摘》、中国人民大学报刊资料中心《民商法学》、《经济法学 劳动法学》等刊物摘篇、转载。

◎ 法学方法论的范畴问题一直是我国法学界争论的热点。本书是对这一问题进行理论分析并对我国完善民法体系化过程中的相关立法进行深入思考与论证的学术著作。

◎ 本书运用比较法，分五章从法律概念、法律原则、法律规范的构建、体系化的方法以及体系化的局限及其克服的角度对体系化中的法学方法进行了有益的探讨。作者立足于法学方法论是认识法律、解决法律问题的基础与方法的观点，继而认为民法的体系化不仅仅是各种规范的拼凑，而且是利用一定的方法将规范、概念、原则等组成一个具有密切联系的有机整体，并创造性地提出该有机整体并不只是建构体系的根本目的，该逻辑自洽也绝不仅仅是为了体系和谐的最终标准的观点。

◎ 本书论述视野广泛、内容精细、分析缜密、贴近实践，适合对法学方法论有兴趣的不同层次的人士阅读和使用。

岳麓法学文库编委会

主 任

李步云

副主任

刘定华 屈茂辉

编委会成员

(按姓氏拼音排序)

陈宇翔 郭道晖 李步云 刘定华

屈茂辉 石柏林 王全兴 温晓莉

徐涤宇 许光耀 郑鹏程

总 序

“岳麓法学文库”由湖南大学法学院组织编写,计划每年出一辑,每辑5至10本,主要收录本院教师的优秀著作。

湖南大学法学院既古老又年青,其学脉可上溯至1904年的湖南仕学馆。20世纪40年代,著名法学家李达曾任湖大校长,黄佑昌、李祖荫等著名法学教授曾在此任教。1953年全国高校院系调整前,湖南大学法学教育曾居于全国前列。2000年4月,湖南大学与湖南财经学院合并,湖大法学教育又进入一个新的春天。现在湖南大学法学院已获得经济法法学博士学位、法学硕士学位一级学科授予权,以及法律硕士专业学位授予权;法学研究发展水平也正朝着国内法学院的先进行列靠近。

湖南大学法学院的治学理念,以发展的马克思主义为指导,以弘扬民主、法治、人权、自由、平等、博爱的时代精神为宗旨,以继承与发扬湖湘文化传统为特色。其具体内容可概括为“求实、创新、严谨、宽容”。这也是编辑本文库的指导原则。

“求实”指理论应来自实践,又能指导实践。经世济用是湖湘文化的一大传统。“实事求是”的大匾,至今仍醒目地悬挂在岳麓书院的大讲堂上。也正是“实事求是”四个字,成就了毛泽东与邓小平两代伟人的千秋功业。我们反对那种无的放矢、无病呻吟和故弄玄虚、哗众取宠的学风,而倡导写书作文应有问题意识,应有现实感与针对性。

“创新”乃科学研究的生命所在。“新”指新问题、新观点、新论据、新方法、新资料。一篇文章或一本书,在提出、分析、解决问题时,

2 总 序

如果做不到有所发现、有所发明、有所创造、有所前进,那只能是一张或一堆废纸,既浪费国家的金钱,也浪费他人的时间。人们公认,这种现象在我国现今的学术界是普遍存在的。在中央已经从发展战略的高度提出要建设“创新型国家”的今天,我们法学界任重而道远。

“严谨”是古往今来各界名家治学的成功之道。严谨要求概念、判断、推理要清晰、缜密与合乎逻辑,要经得起辩驳与推敲。严谨也要求应在分析力、概括力、洞察力上下工夫。这是一篇好文章乃至一位好学者必备的功力。严谨还应讲求一个“精”字。治学与用兵相反,前者宜以少胜多,后者宜以多胜少。在“知识爆炸”的现今世界,尤其要倡导这个“精”字。严谨更要求必须尊重公认的学术道德与学术规范,尊重他人的学术成果与知识产权,不搞假、大、空,不做“文抄公”。

“宽容”在当今时代,不仅已成为社会伦理的主旋律,而且也应是学术伦理的根本要求。海纳百川,有容乃大。岳麓书院的“两把椅子精神”昭示人们,不同见解、不同学派之间,只有彼此相互切磋和争鸣,学术才能发展和繁荣。贯彻“双百”方针与坚持学术自由需要宽容,构建和谐社会与建设法治国家也需要宽容。只有不同政治见解、不同宗教信仰、不同利益群体、不同社会分工的人彼此宽容,一个社会才能安定有序和富有活力。只有对不同学说、不同风格兼收并蓄,用人类文明的一切成果来丰富自己,一个学派才能发展壮大和永远立于不败之地。

我坚信,中华民族在未来一定能为全人类文明作出越来越大的贡献。我也祝愿,岳麓法学文库在今后一定能成为中国法学园地里的—束鲜花,永远绽放。

李步云

2007年6月20日于岳麓山寓所

序 言

在法学的研究中,体系思考具有悠久而重要的传统,体系方法是法律理论建构与分析所必需的基本方法,体系构建是走向法律科学化的必由之路。民法的体系化在大陆法系主要表现为民法的法典化,主要指依据一定的方法将民法典的概念、规则组成内在的有机联系系统一体。

体系化与系统化是民法典的内在要求。近代意义上的法典作为最高形式的成文法,是追求体系化与严密逻辑性的法典。缺乏体系性与逻辑性的“民法典”只能称为“民事法律的汇编”,而不能称为民法典。我国民法典的编纂不可能采取简单的汇编而不注重体系的模式。民法体系化有助于在整个民法典的体系制度中充分贯彻民法的基本价值观念,如平等、诚实信用、私法自治、维护交易安全等,同时有助于减少和消除民事法律制度之间的冲突和矛盾。将各项法律制度整合为一个有机的整体,从而建立起内在和谐一致的民事规范体系。依照科学的、完备的体系所构建的民法典将更便于民法规范的遵守与适用。

体系化与法学方法是紧密结合在一起的。体系化本身就是一种方法。与体系性思维较为接近,体系的安排源于人们认识事物的条理性与规范性的理念。民法的体系化研究包含有民法典的编纂技术、法学方法等重大问题,涉及法学方法论、比较法学、规范法学等诸多学科、领域。在大陆法系国家,对民法的体系化研究需要对以民法典为中心而展开的民法典的篇章构建及其形成方法,民法典的概念、规则、原则的立法设计等诸多问题进行探讨。

2 序 言

在现今中国内地,民法的体系化研究,对制定民法典的作用以及怎样制定一部适合我国的民法典具有重大的指导意义。特别是在我国,民法典的编纂是分步骤、分阶段进行的,对民法的体系化研究无疑具有伟大的现实意义与理论意义。在民法典编纂之际,有关体系化的问题已经日益为学者所重视。我很高兴地看到,我的学生许中缘博士对民法体系化的问题具有浓厚的兴趣并因此发表了一些文章,本书就是他这些年来对此研究的产物。阅读他的著作后,发现他对中国内地民法体系化的有关问题的探讨是深刻与细致的,稿中资料的收集与引用也比较详细和广泛,论证也比较严密和精细。尽管书中有些观点还需要进一步探讨,但这些观点的提出对进一步深入研究的此问题以及作为我国内地民法典体系的构建的理论参照是不无裨益的。故,在他的著作即将出版之际,我作为他的博士生导师,希望他能够在此基础上,戒骄戒躁,取得更多更好的成绩。

是为之序!


2007. 6. 30.

目 录

第一章 大陆法系与普通法系民法体系化的比较	1
第一节 术语的解释及问题界定.....	1
第二节 大陆法系法典与普通法系法典特点的比较.....	9
第三节 大陆法系法典与普通法系法典权威的比较	43
第四节 大陆法与普通法编纂法典的体系性比较	66
第五节 大陆法系法典与普通法系法典的实质差别及原因	79
第六节 结语	92
第二章 民法体系的形成及其方法	97
第一节 民法体系形成的要素及方法	97
第二节 民事法律关系与民法体系.....	137
第三节 我国民法体系化的路径选择	161
第三章 民法体系化中的法律概念	175
第一节 法律概念与民法体系的构建.....	178
第二节 法律概念在民法典适用中的作用.....	197
第三节 我国民法典对法律概念的构建.....	222
第四节 结语.....	237
第四章 民法体系化中的法律规范	240
第一节 民法中的基本规范与一般规范.....	243
第二节 民法中的行为规范与裁判规范.....	252
第三节 民法中的强行性规范与任意性规范.....	271
第四节 民法典中的规范群的配置.....	295
第五章 民法体系化的局限及其克服	301

2 体系化的民法与法学方法

第一节 体系化的局限性·····	302
第二节 民法体系化局限性之克服·····	335
第三节 民法典内容之构建 ·····	345
第四节 民法典法律渊源之规定·····	357
后记·····	373

第一章 大陆法系与普通法系 民法体系化的比较

所谓民法的体系化,乃是依据何种方法形成民法内部的组织结构。由于民法涉及利益的私人性,比较法常将其作为比较的对象。私法存在的状态也是划分大陆法系与普通法系的重要标准。^{〔1〕}在法典编纂历史上,法典的编纂主要是从民法(私法)开始的。本章以大陆法系与普通法系法典化为视角,试图从比较法的角度对我国民法体系化提供有益的建议。

第一节 术语的解释及问题界定

一、术语的解释

(一) 法典

法典一词英语为“code”,德语为“kodex”,西班牙语为“codigo”,意大利语为“codice”。法典的原意是树干,由(caudex)演

〔1〕 谢哲胜:“民法基础理论体系与立法——评大陆(中华人民共和国)民法草案”,载王利明、郭明瑞、潘维大主编:《中国民法典基本理论问题研究》,人民法院出版社2004年版,第61页。囿于主题,本书对两大法系的法典的比较主要以民法典为中心,但是不可避免地涉及其他部门法的内容。

2 体系化的民法与法学方法

化而来。^[2] 其原意为诸多法律的收录,但在 19 世纪,法典被认为是作为正义的一般原理体系。^[3] 从词源上来讲,“法典”(code)这个词是“codex”与拉丁语动词“facere”(to do)的结合。该词第一次出现在 1815 年边沁(Jeremy Bentham)写给沙皇亚历山大一世的信中,在该信中,他对“法典化”(codification)与“立法”(legislation)进行了区分。^[4] 然而,在“法典”(code)一词出现之前,普鲁士法典(1794 年)、法国民法典(1804 年)以及奥地利(1811 年)民法典已经存在,^[5] 但法典

[2] 桑德罗·斯奇巴尼认为拉丁文中的“法典”(codex)一词最初的含义与今天使用的“书”(libro)含义相同。在羊皮纸还没有发明之前,地中海沿岸国家的人们写字是在纸莎草上,但是该纸容易断裂、卷边和破损,羊皮纸发明之后,用羊皮纸发明的缝制的书“codex”(书)克服了纸莎草制成的书的缺点,且使用起来比较方便,这种纸制书比较流行,“codex”也就有了书的含义。后来在公元 4 世纪至 5 世纪,法学家编纂的皇帝宪令是以“书”的形式出版的,即“艾尔莫折尼亚诺法典”(Codice Ermogeniano)与“格来高利亚诺法典”(Codice Gregoriano)。到公元 5 世纪,在语言学上“codice”在“书”的含义上,又增加了“完整、系统的法律汇编”的特殊含义。参见桑德罗·斯奇巴尼:“法典化及其立法手段”,丁玫译,载《中外法学》2002 年第 1 期。关于法典含义的阐述,也可参见薛军:“优士丁尼法典编纂中‘法典’的概念”,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第 2 卷),中国法制出版社 2001 年版。石佳友:“民法法典化的方法论问题——比较法的研究”,中国人民大学 2006 博士学位论文,第 2~5 页。

[3] [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,朱景文校,法律出版社 1999 年版,第 95 页。

[4] Gunther A. Weiss, *The Enchantment of Codification in the Common-Law World*, *Journal of International Law*, Summer, 2000, p. 449; *Letter from Jeremy Bentham to Tsar Alexander I (June 1815)*, in 8 Jeremy Bentham, *The Correspondence of Jeremy Bentham*, Stephen Conway ed., Oxford 1988, p. 468.

[5] 边沁为另外一种特殊类型的立法创造了“pannomion”一词。不过,与“codification”不同,“pannomion”和“pannomification”从来没有得到普及。Gunther A. Weiss, *The Enchantment of Codification in the Common-Law World*, *Journal of International Law*, Summer, 2000, p. 449.

的含义并不统一。^{〔6〕}

(二) 法系

法系这个词为日本学者穗积陈重所创,它是比较法中用来对各种法律进行划分的概念,意指具有相同或相近的传统、原则、制度和特征等因素的法的总和。^{〔7〕}法系可以分为大陆法系与普通法系。但大陆法系与普通法系并没有统一的区分标准。^{〔8〕}通说认为,大陆法系可称为罗马法系、民法法系;普通法系,又称海洋法系、英美法系。所谓大陆法系是指这样的法系,“在该法系中,无论是过去还是现在,优士丁尼(Justinian)的《民法大全》(Corpus juris civilis)的全部

〔6〕 封丽霞在其《法典编纂论》中从词义、历史、法律渊源、法典的安排结构、法律的形式、法律的部门、构成法典的标准、英美法系法典的含义、大陆法系法典的含义以及立法学角度等对法典的含义进行了考察,但是并没有对法典提出统一的含义。对这些考察可以参见封丽霞:《法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社2002年版,第7~11页。Gunther A. Weiss也提出,法典的概念是多义的,不同的学者有不同的表述,找到一个单一的统一的概念化的概念显得不可能。参见Gunther A. Weiss *The Enchantment of Codification in the Common-Law World*, *Journal of International Law*, Summer, 2000, pp. 449-450。

〔7〕 与此观点类似,梅利曼认为,法系是指关于法的性质、法在社会和政治中的地位,法律制度的实施,法律的制定、适用、研究、完善和教育方法等一整套根深蒂固的并为历史条件所限制的理论。参见〔美〕约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,李浩校,法律出版社2004年版,第2页。

〔8〕 学者对大陆法系与普通法系提出了不同的区分标准。K. 茨威格特与H. 克茨倡导应该根据法的样式对此进行区分。其认为法系的构成要素为:(1)一个法律秩序在历史上的来源与发展;(2)在法律方面占统治地位的特别的法学思想方法;(3)具有特征性的法律制度;(4)法源的种类及解释;(5)思想意识因素。这些也就成为普通法系与大陆法系的区分标准。不过,茨威格特与克茨对此区分为普通法系、罗马法系、德意志法系。参见〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,潘汉典校订,贵州人民出版社1992年版,第121~144页,第145~492页。对此,大木雅夫认为,以法典与学风的继受划分罗马法系与德意志法系,该分类有点道理,但是有失偏颇。大木雅夫根据茨威格特与克茨的五种标准,将法系分为罗马法系、德意志法系、北欧法系、继受西方的日本法以及英国法与美国法组成普通法系。勒内·达维德根据法律的主导作用,法律的发展是由私法还是由公法开始等标准将法系分为罗马—日耳曼法与普通法法系。参见〔法〕勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第25~29页。

4 体系化的民法与法学方法

或部分内容都当作属地法,或至少被当作直接的具有最高效力的强制力,或者指从这一法系派生而出的法系”。^[9]沃森认为民法法系是以属地法为罗马法的国家,但并不要求其法律全部由罗马法组成或者罗马法具有最高的强制力。如法国民法典的编纂,是罗马法与习惯法相结合的产物,而且法国习惯法在该民法典中占据重要地位。^[10]即使罗马法在一些国家如英格兰、斯堪的那维亚、苏格兰等产生过影响,但是,因为这些国家并没有把罗马法作为法律的最高位阶,罗马法并没有约束力和强制力,^[11]所以,这些国家仍然不属于大陆法系。作为大陆法系相对的概念,普通法系是由英格兰(England)古代法律发展而成的法律体系。除了美国、英格兰、威尔斯、爱尔兰之外,所有现在或以前曾经是英国的殖民地或属土或英联邦国家,例如加拿大、澳大利亚、新西兰、新加坡、马来西亚、印度、巴基斯坦等地,均属于这种法系。^[12]

[9] [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第5页。这种含义已经为我国学者所接受,如一般称大陆法系“它是以古代罗马法,特别是法国《拿破仑法典》为基础和传统而形成和发展起来的各国家、地区法律的总称”。

[10] Jean Carbonnier, *Droit Civil*, 26e édition refondue, Introduction éd. PUF 1955, p. 18. [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,朱景文校,法律出版社1999年版,第179~183页。[德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,潘汉典校订,贵州人民出版社1992年版,第161~166页。

[11] [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第5~10页。对苏格兰的继受罗马法以及罗马法在该国的地位详细讨论参见 John W. Cairns, *The Influence of the German Historical School in Early Nineteenth Century Edinburgh*. 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 191. pp. 195~203.

[12] “普通法”本身具有多种含义:其一,在中世纪的英国法中,普通法是指在王座法庭上适用并且至少在原则上为整个王国所共有的法律,与其相对的是适用于特定阶层的人们的如商人法那样的自治法;其二,普通法是与制定法相对应的概念;其三,它是与衡平法相对应的概念;其四,普通法是指规范私人之间的法律体系,相对应的是充分体现社会公共利益的公法与宪法。参见爱德华·麦克威利:“法典法与普通法的比较”,梁慧星译,陆元校,载《法学译丛》1989年第5期,第23~24页。这也说明,传统的普通法系与大陆法系的区分没有统一的认识,而且分类标准存在错误或者至少具有时代局限性。