

间接融资、 直接融资与信用

——金融法专论

—— Indirect Financing ——
Direct Financing and Credit

蓝寿荣 著

中国社会科学出版社

间接融资、 直接融资与信用

——金融法专论

—— Indirect Financing
Direct Financing and Credit

蓝寿荣 著

D912.280.4
L5

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

间接融资、直接融资与信用：金融法专论 / 蓝寿荣著.
北京：中国社会科学出版社，2008.4
ISBN 978-7-5004-6817-2

I. 间… II. 蓝… III. 金融法—研究 IV. D912.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 033522 号

责任编辑 王 茵
责任校对 王有学
封面设计 久品轩
版式设计 王炳图

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010—84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京新魏印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 4 月第 1 版

印 次 2008 年 4 月第 1 次印刷

开 本 710×980 1/16

印 张 16.75

插 页 2

字 数 256 千字

定 价 28.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序 言

冯 果

金融与信用如影随形，金融本身就是信用交易的产物，金融业的健康发展更离不开良好的信用环境和信用制度的支撑，然而以信用制度为主线来思考和构筑金融法学科体系的著作在我国却并不多见。蓝寿荣博士所著的《间接融资、直接融资与信用——金融法专论》一书，无疑是这方面的一个可贵的探索和有益的尝试。

本书以信用法律制度为主线，较为深入地探讨了金融法学的学科体系以及包括银行与客户的法律关系、银行的保密义务、银行担保贷款、银行信用证法律性质和法律关系、信用证的独立性与当事人的权利义务、证券法之证券含义等与之相关的有关基础性问题，给人以耳目一新的感觉，也澄清了不少理论上的误区。与此同时，本书还较为全面和系统地分析了收费权质押、房地产按揭、风险投资、银行信贷与个人信用立法、失信惩戒制度、证券市场信息披露、信息披露与商业秘密保护、虚假会计信息的法律责任、上市公司股东知情权、上市公司失信行为与证券市场信用建设等当前所亟待研究和解决的热点和难点问题。全书既有对宏观理论问题所进行的高屋建瓴的论述，又有针对实际问题的深刻透彻的剖析，具有很高的学术价值和现实指导意义。

纵览全书，我觉得本书具有以下几个明显的特点：一是视角新颖。作者从信用制度与金融法的关系入手，并以信用法律制度为主线就具体的问题展开论述，为我们研究研习金融法提供了一个崭新的视角，也有助于金融法学科的纵深发展。二是观点新。学术的生命力在于创新。作者在本书

中能够不拘成见，敢于提出自己的想法，其中关于金融法学科体系的构想，关于证券定义的阐释等都不乏自己的真知灼见，体现出作者身上所拥有的勇于开拓和积极创新的可贵精神。三是立足前沿。作者并没有拘泥于已有的学科体系，没有面面俱到，而是立足于学科的前沿，集中揭示长期困扰金融法学界的基础性学科问题和实践中的难点、热点问题，具有很强的时代感和针对性。全书立论新颖，见解深刻，文笔流畅，反映出作者具有较为坚实的理论功底和严密的逻辑思维技巧，而且具有向主流法律理论挑战的勇气和创新的探索精神，同时也表明作者对该领域的研究已处于学术研究的前沿。

蓝寿荣博士长期从事金融法学的教学与研究，曾赴德国拜洛伊特大学做访问学者，对国外金融法的研究动态有较为深刻的了解，2005年进入武汉大学法学博士后流动站专门从事金融信用与银行法律问题的研究，在金融法领域勤奋耕耘，先后在《人民日报》、《中国风险投资》等报刊发表了几十篇论文，在此基础上，作者进一步凝练学术观点、自成体系，成就了本书。可以说，本书正是作者多年从事金融法研究的成果总结。作为其博士后的合作研究导师，我深知其工作的艰辛和治学的严谨，因此，在本书即将付梓之际，很乐意为其作序，也希望作者能够在既有的研究基础之上，进一步完善自己的论证体系，为繁荣我国的金融法学作出进一步的努力。

2007年岁末于武汉珞珈山

目 录

序 言	(1)
第一章 金融法学的学科体系	(1)
一 学科范式与金融的本质	(1)
二 金融法学学科的外部归属	(6)
三 金融法学学科的内部体系	(11)
第二章 银行与客户	(16)
一 银行与客户概念	(16)
二 银行客户的身份认证号码	(22)
三 银行的保密义务	(30)
第三章 银行贷款与投资	(42)
一 担保贷款情况的个案调查	(42)
二 一个债务偿还的案例分析	(48)
三 收费权质押问题	(55)
四 房地产按揭制度	(61)
五 私人银行业务制度	(66)
六 风险投资与资本退出	(72)

第四章 银行信贷与个人信用	(83)
一 消费信贷与个人信用	(83)
二 美国的个人信用制度	(88)
三 个人信用立法	(96)
四 失信惩戒制度	(104)
第五章 银行信用证法律问题	(108)
一 信用证业务的法律性质和法律关系	(108)
二 信用证的独立性与当事人的权利义务	(116)
三 以色列法院的判例及其启示	(123)
四 信用证业务中的对外拒付	(128)
五 国际支付的法律冲突	(130)
六 信用证诈骗罪	(136)
第六章 证券法之证券含义	(143)
一 构成证券法规定之证券的实质要素	(143)
二 股票债券等金融工具构成证券的分析	(147)
三 果园等不动产投资合同构成证券的分析	(149)
四 构成证券法调整之证券的例外	(154)
第七章 证券市场信息披露	(160)
一 证券市场与信息披露制度	(160)
二 上市公司信息的公平披露	(165)
三 信息披露中的重大事实遗漏	(167)
四 信息披露与商业秘密保护的冲突	(173)
五 虚假会计信息的信息	(180)
六 信息披露中律师的义务	(186)
七 信息披露与新闻报道	(192)
八 信息披露与舆论监督	(197)

第八章 上市公司股东知情权	(202)
一 上市公司股东知情权制度	(202)
二 上市公司股东账簿查阅权	(216)
三 外部董事与股权激励	(222)
第九章 上市公司失信行为与证券市场信用建设	(224)
一 信用概念的简明界定	(224)
二 证券市场上市公司失信的表现形式	(227)
三 加强证券市场信用建设的几点思考	(237)
附录 作者近年发表的相关论文	(245)
参考文献	(247)
后记	(257)

第一章

金融法学的学科体系

法学的学科分类、部门法的划分问题是法学界讨论的热点问题之一。自经济法作为一个独立的部门法分离于民商法，并成为国内法学体系的独立一支后，环境法等又纷纷自立山头。近年来，随着科学技术的日新月异，将科技法作为独立的部门法的呼声也越来越高。学科分类自有其意义，“法律分类的目的，在于使人们能够在相互比较中更全面地理解不同类别法律的特点和作用，进而使每一部法律都得到完善，建立起由不同类别法律相互配合、彼此支撑、功能互补的完整和谐的法律体系，完成法所承担的任务。”^① 法学体系本身应该是一个开放的系统，其划分本身是为了深化理论认识，促进实践发展。

一 学科范式与金融的本质

1. 学科的内涵

“科学与学科有非常密切的关系，科学自身的规律决定学科规律，科学发展决定学科的建设。当然，学科的划分和学科的建设也不是被动的，它反过来影响科学的发展。”^② 清华大学蔡曙山教授的这一表述是完全符合历史唯物主义观点的，物质决定意识，意识对物质的发展具有反作用。这一关系也揭示了研究学科的意义，首先在于其对于科学本身发展的

① 杨亚非：《公法与私法划分历史的启示》，《吉林大学社会科学学报》1995年第3期。

② 蔡曙山：《科学与学科的关系及我国的学科制度建设》，《中国社会科学》2002年第3期。

促进作用。

何为学科？从哲学的角度看，“一个学科之所以成为一个学科，就在于它有自己独特的范式。范式有观念层面的，也有社会运作层面上的。”“观念层面上的范式建构，目的在于形成一种知识传统或思想传统；或具体地说是一种研究纲领，以便同行之间相互认同为同行，以便新人被培养训练成这项学术事业的继承者。”^① 研究纲领、思想传统究竟是指什么？哲学思维的抽象性导致了具体规范的不明确。于是有学者提出：“科学研究发展成熟而成为一个独立学科的标志是：它必须有独立的研究内容、成熟的研究方法、规范和学科体制。”^② 更有四条件说，认为“一是有自己独立而必要的研究对象，二是对社会有更重要而独立的理论价值，同相关学科研究的理论相比，具有自己的理论优势，三是有一个能够表明自己独立存在的范畴体系，这个范畴体系是由一组科学的具有内在联系的基本概念范畴组成，四是在理论的抽象程度上，还达到了‘宏观’的水平。在这四个条件中，前两者表明作为独立学科存在的必要性和重要性，后两者表明作为独立学科存在的水平或成熟程度”。^③

学科的英文对应为 discipline，这个词的本义是指“规范”、“纪律”。而学科的规范化特征，笔者认为应体现在三个方面，一是独特的研究对象，二是系统的理论基础，三是规范的研究方法。这三个方面体现了一门学科的整体面貌，然而它们之间并不是简单的平行关系，而是呈现出不同的层次关系。首先，独特的研究对象是一门学科成立的核心。独特并不意味着单一，或者绝对的独立。从学科本身的发展经历来看，已经出现了许多交叉学科以及学科的不断细化。这意味着科学的发展，一方面使研究对象越来越细化、专业化；另一方面，交叉学科模糊了不同学科相互之间的界限。因此，明确的研究对象的边界并不是一个学科成立的必要条件。而“独特”的含义是具有本质的、必然的联系，或者说规律性。其次，系统的理论是一门学科成熟的必然结果。学科存在的意义是为了推动科学的发展进步，而这推动力正是学科内部成熟化的理论。第三，规范的方法是一门学科研

① 吴国盛：《学科制度的内在建设》，《中国社会科学》2002年第3期。

② 蔡曙山：《科学与学科的关系及我国的学科制度建设》，《中国社会科学》2002年第3期。

③ 舒伟光：《科学认识论》（第三卷），吉林人民出版社1990年版，第144页。

研究的必要工具，方法本身是具有多样性的，不同学科可能使用同一种研究方法，一种学科也必须运用不同的研究方式。因此其本身只是学科成熟的必要工具，而非其表现。

在简要分析学科内涵的基础之上，探讨金融法学的学科范式，势必要从金融的本质谈起。

2. 金融的本质

考察“金融”的词源，单独“金”、“融”是古已有之的汉字，但“金融”并不是一个自古就有的词。“金融”一词源于何时已无从考证，但1951年出版的《辞源》已经列入了“金融”二字。“就其始刊时的释文来看，都仅指通过信用中介机构的货币资金融通。”^①

在我国日常经济生活中，“多年来，在党政部门、在实际经济部门、在不是钻研金融概念的经济学界，在土生土长讲金融的教学界，‘金融’所指的范围大体包括：与物价有紧密联系的货币供给，银行与非银行金融机构体系，短期资金拆借市场，证券市场，保险系统，以及通常以国际金融概括的这诸多方面在国际之间的存在，等等”。^②在英文中，其对应为 finance。然而英文中的 finance 可以划分为 public finance 国家财政，corporate finance 公司财务，personal finance 个人理财。这一理解的范围远远大于中文中的“金融”二字。中国习惯将财政与公司财务单列出来。在国外的“金融学”教材中，内容也大不相同。有的只讲“货币银行学”，有的只讲金融市场。如兹维·博迪和罗伯特·C. 莫顿的《FINANCE》中，将“金融”定义为“人们在不确定的环境中如何进行资源和时间的配置”，还有的内容是金融市场与金融机构两方面并重。^③

中外对金融范畴的理解虽不相同，但可以从一个兼收并蓄的角度来总结，金融的本质在于：一是货币的流通，二是信用活动。也正像《中国金融百科全书》中注释的：“金融是货币流通和信用活动以及与之相关的经济活动的总称。”^④

① 黄达：《金融、金融学及其学科建设》，《当代经济科学》2001年第4期。

② 同上。

③ 同上。

④ 黄达主编：《中国金融百科全书》，经济管理出版社1990年版，第1页。

3. 金融法学的学科范式

谈及金融法学的学科范式，自然要从研究对象、理论基础和研究方法三个方面入手进行讨论。

套用以往对部门法下定义的方式，多数金融法学的教材对其定义无外乎：金融法是调整金融信用活动所引起的社会关系的法律规范的总称。笔者认为，金融法学的研究对象首先与其他法学具有同质性，即利益关系。但其作为法学学科下的一个学科，其研究对象的独特性在于金融活动本身的特殊性。

金融活动的特殊性首先在于其具体表现为货币这一特殊商品的流通。此处，货币的理解应随着现代金融的不断深入发生扩展，不仅仅是一般使用的钱币，还包括各类金融工具，如票据等。我们对于起等价物作用的特定商品——货币，这个本身具有开放性的概念赋予了更广的外沿。而金融活动本身即离不开这一系列金融工具的运用。较之传统民商事合同中调整的实物合同，金融交易似乎具有更大的虚拟性。正是这虚拟性对双方的权利义务有着不同的规定。

其特殊性的第二个具体表现即信用活动的特殊性。在日常生活中，信用通常是指某人或某单位恪守诺言、践行约定，或其恪守诺言、践行约定的能力，或其基于以往遵守诺言的意愿程度而取得的相应的社会评价。而经济学上所言的信用，则具有更严格界定的含义，是指一种商品交易的形式，除了典型的资金借贷外，赊销赊购、保管、借用、租赁、信托、间接投资等，都属于信用交易的范畴。“而金融就是各种社会经济成分（企业、政府、家庭、个人等）为了相互融通资金，以货币为对象进行的信用交易活动。”^① 金融活动的信用特征，不仅体现在合同双方权利、义务的特殊性，也体现在政府监管的具体措施中。

金融法学研究的内容是金融信用活动中法律调整的社会关系，其独特性就体现在金融活动中以货币为中心的流通及信用活动本身的特殊性。作为金融法学的理论体系，本身应是金融法学学科成熟发展的体现，然而现阶段，我国的金融法学学科的研究尚处于一种起步的阶段，其理论基础除

① 汪鑫主编：《金融法学》，中国政法大学出版社1999年版，第1页。

了沿用与其他法学学科相同的法学基本理论,如公法与私法的理论等以外,尚无系统的论述。笔者在这里无意提出一个理论体系,仅就自己的认识提出一些尚不成熟的看法。

其一是风险理论。金融与风险是天然相关的,货币信用经济的高度发展,在强化金融体系内外部联系的同时,也使金融危机具有了超强的传染能力,加大了局部金融危机诱发大面积金融风潮的可能。金融危机正是金融风险被诱发的具体表现,在金融危机中首先出现的往往是证券市场的过度投机活动,投机活动使金融业产生负面作用的可能性转化为现实。而在银行、货币领域中稳定币值、避免通货膨胀与通货紧缩、促进经济稳步发展的首要需求,也从侧面反映了货币市场中追求效益的流动性与保持稳定信用之间存在的风险断层。在保险领域中,风险的反映更为直接。“保险是通过对风险的主动利用而进行风险防范的制度,其基本原理在于‘人人为我,我为人人’的互助合作机制,即整合社会大众的集体力量来分担个体所遭受的损失,从而把个体风险降到可以承受的最低限度。”“风险与保险并存,风险是保险赖以存在的基础,我们可以认为,凡是有风险的地方,就应当有保险的存在。”^①通过不完全归纳的方法,笔者认为,金融法学的理论之一应是风险管理理论。

其二是信用理论。“现代金融法的前身是商法中的金融信用制度。”^②金融本身作为一种经济学中的信用活动,是商事信用的一种。在我们建立社会主义市场经济的进程中,信用作为市场交易的基石,已经成为平等交易中广泛关注的话题;学者们也开始系统地对信用理论进行全面而深入的研究。而正如前所述,信用是金融的基础,金融最能体现信用的原则与特性。所以,笔者认为,借鉴各个领域学者对信用的研究,完全可以将信用理论用于金融法学体系中来,并成为其理论之一。

再看金融法学的研究方法,笔者认为金融法学的研究方法除了运用传统法学的研究方法,还要运用一些具有自身特色的研究方法。从逻辑学而言,不仅需要演绎法,更需要归纳法。从学科相互之间的作用来看,可以综合运用经济学、法学、社会学等各个学科的分析方法来不断完善其理论。

① 曹兴林:《保险缔约信息义务制度研究》,中国检察出版社2004年版,第1—2页。

② 张宇润:《金融法的定位及内在冲突的衡平》,《当代法学》2004年版第1期。

金融法学是以独特的货币流通、信用活动中发生的法律调整的社会关系为研究对象，以风险管理理论、信用理论等为其独特的理论基础，广泛运用多学科分析方法的一门法学学科。

二 金融法学学科的外部归属

1. 部门法划分的弊端

这里是将金融法学作为一个法学的学科来进行阐述，而避免使用“部门法”这个概念。事实上，笔者对中国国内目前沿用的“部门法”概念及其划分是并不赞同的。

由于学科的划分本身会影响到各个大学院校相关院系、专业的设置，因此学科的划分也不单纯是学者们的理论研究，而总会有一个所谓的权威的、行政的分类作为制度建设的范本，成为各个院校设立相关专业的依据，甚而成为法院机构设置的依据（如前几年设立的经济审判庭、行政审判庭）。我国目前的法学学科下包含有 21 个二级学科：理论法学、法律史学、国际法学、宪法学、行政法学、民法学、经济法学、劳动法学、婚姻法学、民事诉讼法学、行政诉讼法学、刑事诉讼法学、刑法学、刑事侦查法学、司法鉴定法学、法医学、军事法学、环境法学、安全法学、知识产权法学、其他法学。其中，除了理论法学、法律史学、国际法学外，其他的 18 个学科都作为部门法学列席。

仔细探讨这 18 个部门法学，我们会发现其本身并没有可以与之相对应的理论基础。事实上，“在西方法学界，部门法的划分都是在法的分类条目下进行的，只有在前苏联和我国法学界，部门法的划分才在法律体系的论题下进行”。^① 因此，在笔者看来，这样一种部门法的划分是不能形成学科体系的。学科的成立是以其独立的学科范式的建立为基础，而不是以几个法律法规为基础。仅以此为基础来构建学科体系，并为其划分问题纷争不断，必然使得法学研究本身陷入无谓的分科泥淖中，浪费了资源，阻碍了学术的发展。

^① 叶必丰：《论部门法的划分》，《法学评论》1996 年第 3 期。

也许,形成这种弊端的根源是体制上的。“现代大学是从西方引进的制度形式……从现代大学的发生史来看,学科首先就是大学这个大厦的基地和框架,大学的其他结构、制度成分是围绕学科的制度化的形成的。”^①然而在大学的发展过程中,学科设置逐渐变成行政的、更多具有管理性的因素。这种管理性的因素对于学科的发展有时候却会起到反作用。比如说研究生招生、重点学科评审、学科基地建设、资金的投入都是依据学科设置而来的。不成为学科队列中的一员,就很可能得不到平等的发展。

2. 公私法划分的现实意义

在法学的分类中或许最为源远流长的就是大陆法系中公法与私法的划分了。古罗马法学家乌尔比安首次对公法与私法予以区分:“公法是关于罗马国家的法律,私法是关于个人利益的法律。”^②随着11世纪罗马法在欧洲的复兴,注释法学派确立了公私法划分的传统渊源。“19世纪,在以法、德为代表的法典编纂和法制改革过程中,公、私法的划分得到广泛运用。”^③公法与私法最初作为对法律本身的一种划分,已经成为大陆法学家热情研究的对象,然而在17世纪以前,法学家将大量的精力都投入到对私法的研究中,这是因为在社会经济、政治各方面因素的作用下,罗马法从内容上可以说是一部罗马私法。因此私法理论的研究也在此背景下渐成体系。17世纪以来,随着资产阶级革命的爆发,资本主义国家的确立,自由主义、理性主义的主张让私法自治的精神得到更大伸张的同时,公法以一种不同以往的形式展现新的姿态,对公法理论的探讨成为大陆法系法学家同样重视的对象。而在司法实践中,普通法院与行政法院的双重法院系统在大陆法系国家开始兴起公法与私法的划分,完成了法律——理论——司法实践这三个层次的全面发展。

在这一时期欧洲的法律思想中,私法自治是私法的核心观念,所有权的绝对性、契约自由和过错责任成为私法自治理论的三大支柱。而在这样一个私法的范围内,应该竭力排除政府的干预。在公法的领域中,则完全

① 韩水法:《大学制度与学科发展》,《中国社会科学》2002年第3期。

② 转引自杨亚非:《公法与私法划分历史的启示》,《吉林大学社会科学学报》1995年第3期。

③ [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》(第二版),顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第97页。

不同。“政府的作用决不限于保护私权，相反，公法所特别关注的是国家行为在实现公共利益上的作用。”^①

进入 20 世纪以来，伴随着经济、社会、政治的进一步发展变化，在大陆法系中对公法与私法的传统划分开始面临着巨大的挑战。传统的自由理念越来越多地受到国家干预理念的冲击。政府不再只是扮演“守夜人”的角色，而是积极地参与到社会生活的方方面面。在国家利益、公共利益的前提下，政府的征用打破了绝对的所有权，目的合理性的要求对契约自由作出了限制，而高危险性工业的产生，让严格责任与过错推定责任出现在现代民法规定中。这一系列政府权力对个人权利的干预使得法学家们惊呼“私法自治”的不复存在。而社会法学家以“社会义务”或者“职责”作为法律基点的理论，也开始反思私法与公法的划分。在公法领域，“国家通过采用私法的法律形式直接作为经济活动的主体”，^②这也就成为“公法私法化”的具体原因。正如拉德布鲁赫所言：“私法与公法、民法与行政法、契约与法律之间的僵死划分已越来越趋于动摇，这两类法律逐渐不可分的渗透融合。从而产生了一个全新的法律领域，它既不是私法，也不是公法，而是崭新的第三类法：经济法与劳动法。”^③

如何看待公法与私法的变迁？笔者认为，公法与私法最初是一种对法律的划分。这种简单的划分随着社会经济的发展与变化，显然已经不能够满足现代社会的要求。如果作为部门法的上位分类，许多新兴的法律则无家可归。然而公法与私法这个已经反复出现 14 个世纪的概念，并不是毫无意义的。其在法律——理论——司法实践三个层次的渗透影响，已经成为大陆法系法学传统的一个重要部分，并且深深地植根于人们的法律意识之中。借用一位私法学者的看法，表述为“私法最初的划分并不是这种部门法的划分方法，它更多的是一种整体性的看法”。^④笔者认为公法与

① [美] 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》（第二版），顾培东、禄正平译，法律出版社 2004 年版，第 98 页。

② 同上书，第 100 页。

③ [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 77 页。

④ 易继明：《将私法作为一个整体的学问》，《私法》第 1 辑第 2 卷，第 18 页。

私法在现代更多的是一种理论的成熟性，将公法与私法从简单的法律划分上升到一种法学理论，它的现实意义也许会更加明确。事实上，法学家们不断固守着自己的领域，争论具体法律部门的归属，其根本是要实现私法的理论或公法理论在各自阵地的完整性。笔者的观点是，将公法与私法不再看作是对法律的简单划分，而是作为一千多年来的成熟理论，在法学的视野中继续发挥着强大的理论基础效应——这才是现代社会中，公私法应有的位置。

3. 法学学科的划分与金融法学的外部归属

讨论法学学科的建设，我们会看到，目前国内部门法的划分是基于对法律的分类，而缺乏令人信服的相应的理论基础。法律体系与法学体系是必须辨析的两个概念。“法律体系是一国现行的法律规则和原则按一定逻辑顺序组合起来的整体。”“法学体系是法学的不同学科组成的有关法律的学科体系，法学体系与法律体系是不同的，前者是认识成果的体系，后者是法律规则和原则的体系。”^①由此推论，学科之成立是依其学科范式的建立，法学体系是由一个个具有学科范式的法学学科组成，而法律体系则是由一个个具体的法律部门组合而成。具体说来，有民法的法律部门，也有民法学的法学学科，是因为民法学以其独有的研究对象、理论基础和研究方法，形成了成熟的学科范式。有合同法的法律部门，但却没有合同法学的法学学科，是因为合同法基本援用民法的基本理论基础，无法形成独立的学科范式。在这里，我们可以看到法律体系与法学体系的非同步性。法律体系中存在的部门法律未必对应成为法学体系中的法学学科，如合同法等等。而法学体系中的法学学科也未必能在法律体系中找到对应的法律部门，如法理学、法律史学等。明确了这一点也就可以在考察法学学科体系时摆脱部门法这一不同层次上的概念。

法学学科体系的建设从本质上来讲，是对具有成熟学科范式的学科予以吸收或者单独列出的过程。这样一个过程需要考虑多方面的因素。首先，要照顾传统习惯。范式（paradigm）本身就包含着“形成一种知识传统或思想传统”^②的目的。传统的部门法的划分不可能也不需要从法学学科体系中

① 周永坤：《法理学——全球视野》，法律出版社2000年版，第80页。

② 吴国盛：《学科制度的内在建设》，《中国社会科学》2002年第3期，第87页。