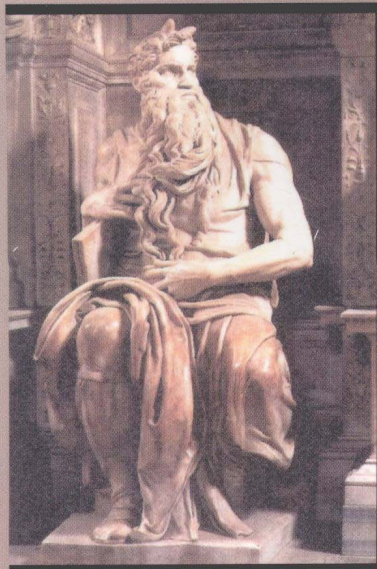


LAWYER DIGEST

2 律师 文摘



2007·第二辑·总第二十六辑

主编
孙国栋

要目：

- 何家弘 律师该讲究什么？
南弘原 专制政治与自由政治
郑赭 陈晓 秋风 “钉子户”为何这样牛？
上海市建纬律师事务所 民事案件开庭前准备工作操作规程
王力成 一篇未曾发表的辩护词——记张思之先生为我辩诬
彭雪峰 王忠德 合伙制律师事务所管理体制设计
邱春艳 走向国际法庭的中国法官们
胡 适 我们什么时候才可有宪法？——对于《建国大纲》的疑问
刘 梅 律师与语言
孙 渝 让手段辅佐良知

律师文摘

2007·第二辑·总第二十六辑

2

学术顾问 江 平 梁定邦 张思之
邓正来 贺卫方

编辑委员会 王力成 王才亮 田文昌
池英花 刘 宇 朱树英
刘桂明 杜佐东 杨泽延
贺宝健 薛济民

执行编委 谭 礴 刘海蛟 董志军
李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

营销 邓绍天

支持单位 上海建纬律师事务所
北京才良律师事务所
北京易和律师事务所
江苏圣典律师事务所
重庆百君律师事务所
信捷投资担保有限公司
浙江海通联合律师事务所
美国纽约州刘宇律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2007年.第2辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2007.4
ISBN 978-7-80226-714-5

I.律… II.孙… III.律师—丛刊
IV.D916.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 021389 号

·律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京市清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2007 年 4 月第 1 版

印张/11.5 字数/210 千

2007 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-80226-714-5

定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码:100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66026587

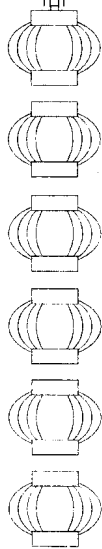
邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- 于绪刚 北京市大成律师事务所高级合伙人(北京)
王小军 浙江省泽大律师事务所高级合伙人(杭州)
王志学 辽宁省四洋律师事务所高级合伙人(沈阳)
孙伏龙 河北省太平洋世纪律师事务所主任(石家庄)
朱元涛 北京市正见永申律师事务所合伙人(北京)
乔占祥 北京市金台律师事务所副主任(北京)
刘文君 广东省经天律师事务所合伙人(深圳)
刘彤海 河南省尊严律师事务所主任(濮阳)
刘建锋 北京市丹宁律师事务所执行合伙人(北京)
许兰亭 北京市炜衡律师事务所律师(北京)
李俊华 上海市建纬律师事务所昆明分所主任(昆明)
吴 革 北京义派影响性诉讼研究中心理事长(北京)
陈刑天 北京市厚信律师事务所主任(北京)
张星水 北京市京鼎律师事务所主任(北京)
杨 斌 北京市五环律师事务所律师(北京)
肖树伟 北京市天驰律师事务所合伙人(北京)
陈惠忠 广东省星辰律师事务所主任(深圳)
周 强 北京市正见永申律师事务所律师(北京)
赵红亮 北京市兰台律师事务所律师(北京)
胡祥甫 浙江省金道律师事务所主任(杭州)
秦 兵 北京市汉卓律师事务所合伙人(北京)
徐 彬 北京市首信律师事务所主任(北京)
浦志强 北京市华一律师事务所合伙人(北京)
贾承霖 北京市世纪律师事务所合伙人(北京)
梁 晨 北京市中瑞律师事务所合伙人(北京)
韩 良 南开大学法学院副教授(天津)
蒋 勇 北京市天同律师事务所首席合伙人(北京)
彭 航 北京市天平律师事务所合伙人(北京)
董 箫 河北省世纪方舟律师事务所副主任(石家庄)
谢重基 北京市雍合律师事务所律师(北京)
霍 健 中国海洋石油总公司集团公司副总经理(北京)
戴勇坚 湖南省万和联合律师事务所董事会主席(长沙)



律师该讲究什么？

日前，笔者在台湾讲学，恰值陈水扁和马英九相继惹上官司之时。一次酒席间，在座均为法律人，大家自然谈及同为法律出身而后步入政坛的陈、马二人。一位仁兄高见：陈、马二人对政治和法律的领悟颇有不同。政治讲究利害，追求权力；法律讲究是非，追求公正。二者相去甚远。阿扁深得此中奥妙，以政治之心玩弄法律于股掌，遂游刃而有余；马哥不明此理，以法律之心应对政治恶斗，自然捉襟见肘。笔者听罢，颇有感悟。虽然我辈年轻时也很讲政治，但是按照当时的理解，“政治就是国家大事，反正就不是小事”，因此只要经常看报纸听广播，就是“政治”。如今旁观台湾之政治斗争，笔者自认“弱智”，只知看热闹，不会看门道。不过，那位仁兄的话，却是可以推而广之的。

在社会生活的各个领域或各行各业，其实都有自己的讲究和追求。粗略一想，便可列举若干：科学家讲究正误，追求真理；宗教士讲究善恶，追求修养；军事家讲究胜负，追求战绩；运动员讲究优劣，追求技艺；企业家讲究盈亏，追求效益；江湖人讲究恩仇，追求义气……那么，律师应该讲究什么、追求什么呢？是金钱？是名气？还是社会正义？经过认真思考，笔者以为，律师应该讲究规则，追求法治。

规则乃律师行为之本，法治是律师赖以生存的社会环境。与其他社会成员相比，律师更需要规则和法治。没有规则，律师便无所适从；没有法治，律师将面临恶劣的生态环境。究其原因，主要有二。第一，律师的主要工作是维护当事人或委托人的权利，手中并无权力，而且经常要和权力相抗衡。一般来说，权力不喜欢规则的约束；而权利需要规则的保护。为权利而抗衡权力，律师自然离不开有关而且有效的规则。第二，律师的专业是法律，律师的擅长也

应该是法律,因此,律师当以法律为皈依。然而,在一个社会中,法律的生命力是以法治为保障的。没有法治,法律就变成了权力手中的“橡皮筋”,甚至变成一纸空文。因此,法治兴则律师兴,法治亡则律师亡。历史的经验,足以为证。

律师应该讲究规则,追求法治。但是在我们的现实生活中,有些律师不重视规则,不爱护法治,甚至利用自己的专业知识和技能去违反规则和破坏法治。也许,从律师个人的眼前利益来看,这样做似乎是利大于弊的;但是从律师群体的长远利益来看,这样做绝对是弊大于利的。说得严重一点,律师们违反规则破坏法治,那就等于是自毁生计,自砸饭碗!倘真如此,大家悔之晚矣。

卷首语

律师该讲究什么? / 何家弘

学术论坛

- 法理沉思 001 专制政治与自由政治 / [日]南弘原著 谷钟秀译
- 专家说法 005 论合同法的体系缺陷
——从比较法的视角 / 刘彤海 樊 华
- 事件剖析 016 北京美丽园社区自治实验 / 舒泰峰
- 025 “钉子户”为何这样牛? / 郑 褚 陈 晓 秋 风

业务进阶

- 办案规程 038 民事案件开庭前准备工作操作规程
上海市建纬律师事务所
- 判例研究 051 虚拟财产能否成为盗窃罪对象问题研究
——对一起网络兵器失窃案的分析 / 康 伟

业界瞭望

- 星汉灿烂 059 一篇未曾发表的辩护词
——记张思之先生为我辩诬 / 王力成
- 070 同行者
——纪念张思之先生执业五十周年 / 林晓东
- 执业前沿 072 企业健康与律师责任 / 李曙光
- 他山之石 075 美国联邦政府律师制度探源 / 孙 建

管理之窗

- 体制创新 081 合伙制律师事务所管理体制设计 / 彭雪峰 王忠德
- 经营思路 088 会见客户 / [美]斯蒂芬·克里格 理查德·诺伊曼 著
北京中伦金通律师事务所 译

史海钩沉

- 百代风流 111 走向国际法庭的中国法官们 / 邱春艳
- 历史名案 118 曾吕文字狱 / 陈华丽
- 返回现场 128 追寻律师的传统 / 傅国涌

法苑撷英

- 随 笔 131 我们什么时候才可有宪法?
——对于《建国大纲》的疑问 / 胡 适
- 135 讼师、神鬼和山头上的大王 / 袁瑜璋
- 140 律师应为何而战 / 易延友
- 143 律师与语言 / 刘 梅
- 146 律师必须提出正确的问题 / 刘 卫
- 书 评 149 赦免的困境
——读《没有宽恕就没有未来》/ 夏 楠
- 156 王荣利律师和他的《总裁的陷阱》/ 沈 泓
- 观点汇粹 159 请专家不要营造“物权法乌托邦”(共5篇) / 晓乐等
- 人物集锦 162 万钢等五人

编读往来

- 164 让手段辅佐良知 / 孙 渝
- 166 当正义遭遇生存 / 刘耀堂

主编札记

- 168 还艺术生命以自由
——读《周思聪与友人书》有感 / 孙国栋

Contents

Preface

What should the lawyer obey / by He Jiahong

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

Autocratic Politics and Free Politics

by Minami Hiroshihara[Japan], translated by Gu Zhongxiu (001)

Expert's Comment on Law

On the Systematic Defects of Contract Law / by Liu Tonghai, Fan Hua (005)

Analysis of Cases

Autonomous Experiment in Beijing Meili Garden Community / by Shu Taifeng (016)

Why is the "Tartar" So Arrogant? / by Zheng Zhu, Chen Xiao, Qiu Feng (025)

Business Step

Rule of Handling Cases

Operating Rules on Preparation before Opening a Court Session in a Civil Case

by Shanghai Jianwei Law Firm (038)

Case Study

On Whether the Virtual Property can Become the Object of Larceny / by Kang Wei (051)

Lawyer's Outlook

Brilliant Star

An Unpublished Defending Statement / by Wang Licheng (059)

Co-Traveler / by Lin Xiaodong (070)

Practice Front

Heath of an Enterprise and Responsibility of a Lawyer / by Li Shuguang (072)

Stones from Other Hills

A Probe into the Source of the Federal Lawyer System / by Sun Jian (075)

Window of Management

Systematic Renewal

A Design of a Partner Law Firm's Managerial System / by Peng Xuefeng, Wang Zhongde (081)

Thinking of Management

Meeting Clients / by Stefan H. Krieger, Richard K. Neumann[U.S.], translated

by Beijing Zhonglun Jintong Law Firm (088)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Celebrity

The Chinese Judges Moving towards the International Court / by Qiu Chunyan (111)

Historic Cases

Zeng Lv Literary Inquisition / by Chen Huali (118)

Returning to Scene

Pursuing the Lawyer's Tradition / by Fu Guoyong (128)

Cream in Law Garden

Essay

When can We Have a Constitution ? / by Hu Shi (131)

A Legal Pettifogger, a Ghost and a Mountainy King / by Yuan Yuzheng (135)

for What A Lawyer should Fight / by Yi Yanyou (140)

A Lawyer and a Language / by Liu Mei (143)

A Lawyer must Produce a Correct Question / by Liu Wei (146)

Book Review

The Difficult Position of Remission / by Xia Nan (149)

Lawyer Wang Rongli and His the Trap of Director-General / by Shen Hong (156)

Viewpoint Collection

Experts, Don't Construct "the Utopia of Property Law" (5 Articles) / by Xiao Le, etc. (159)

Collection of Personage

Five Persons Including Wan Gang (162)

Between Editors and Readers

Make Means Assist Conscience / by Sun Yu (164)

When Justice Encountering Existence / by Liu Yaotang (166)

Chief Editor's Reading Note

Return Freedom to Life of Art / by Sun Guodong (168)

目录翻译 屈 新

专制政治与自由政治

〔日〕南弘原著 谷钟秀*译

【原编者按】政治的开明程度与个人发达的程度成正比，这是天演进化的公理。作者分析了从原始时代的人类部落及家族、定居生活的起源、政府最初的形式、专制时代、自由政治的发生到民主共和制这一政府沿革史，指出由无政府到有政府，由专制到立宪再到共和，皆是遵循自然规律，是时事所趋，非人力可以阻挡。作者进一步指出，到了20世纪初欧美诸国和日本纷纷建立了共和国或立宪政体，中国也颁布了仿行宪政的诏书，但阻难万端，如果国人再保持沉默的话，被列强虎视眈眈的中国将有被吞食的危险。

政治者，因个人发达之程度，而变化与俱者也。生业之种类少，且单简，其政府则为专制的。生业之种类多，且复杂，则政府渐趋于代表个人，而采自由主义。此政府沿革史上之陈述，抑亦天演进化之公理也。

原始时代之人类 人类始生与禽兽无异。揆厥状态，谓之野蛮。野蛮云者，含有狞猛、残忍之意，即指示人生最下级状态之语也。其时无所谓政府，更无所谓专制与自由。据达尔文氏所记，发现勃路内窠及其附近岛屿之种类，全然无开拓之土地，家畜惟有犬，且无家族的生活之经营，是绝对的自然状态之生活。又爱脱华德氏曰，“原始蛮人身体概肥大，裸体跣足，无齟齬而转战，无可称之家族，无一定之食物，亦无一定之居处”。由是言之，则此时代之人类，生业单简，无社会的生活，即无须政府亦宜。

部落及家族 原始时代既终，人类始相集合，而组织疏漫之团体，谓之部落。部落构成之原因，盖从事渔猎，以独力不如以群力，又防御他之野蛮人及猛兽，亦以群力得胜利故也。部落有酋长，于其团体内最有威力，且擅有长于渔猎之资格。此团体组织之发达，个人对于部落专制的法则不可不绝对的服从。个人所有，皆为部落之共有。小儿者部落之小儿，妇人者部落之妇人。无论何人，皆不得私之，财产更无论也。

* 谷钟秀(1874-?):河北定县人,曾留学日本早稻田大学。任中华民国临时政府宪法起草委员、南京临时参议员及委员长等职,曾主办《新中华》杂志、《中华时报》,抨击袁世凯,后又任段祺瑞内阁农商部总长等职。著有《中华民国开国史》等著作。

虽然,个人之权利既皆承认。而家族的生活,即因之而发生。个人之腕力强者,每窃夺他部落之妇女以为己有,或一部落继袭击他部落,掠其妇女而分颁之,此等行为,在野蛮人之间数见不鲜。是即个人之权力与共同之权力分离之第一阶段也。渐次,家长团体之形式发生。家长团体者社会组织之甚为重要者也。或谓此家长团体,发生在部落以前,其部落即此数多家长团体之结合体。

家长团体以男性之酋长为团体之父。团体之中率对于酋长有血统上之关系。然无血统上之关系者亦不少。盖直接对于之家族以外。所谓酋长者,含有政治的意义。而为父,非于所谓亲族之而为父也。此等团体之扩张,固由诸种之方法。然与他之家长团体相战斗,因卤获之俘虏而扩张者,则往往而是。此团体中长养之妻子,使役之奴隶,及战斗卤获之俘虏,皆家长团体之一分子。位于诸分子之上,而为父者(即酋长)施行绝对的专制政治,对于团体中无论何人,有生杀予夺之绝对的权力,一任其意所适。是即君主专制之滥觞。

定住的生活之起源 部落及酋长团体,人人各尽其力,以共谋生活之途,并保护其所有物,固已。而其所尽之力,更期继续不绝,于是有饲养动物,收获谷物之役,自不得不永久居处于一地,所谓定住的生活是也。定住的生活之起源,即政治组织之所以发生也。

所谓饲养动物者何也?其时之人类,因饥饿所迫而捕获动物,所获之数,若浮于所用之数,则倍觉娱乐,且以备他日之用,而不得不饲养之。饲养之动物,渐渐生长。捕获者对之颇觉有兴味,因之而生爱情,是即家畜之发端。家畜之发端,生业之发达上,最为重要之阶级也。家畜不但供给衣食,源源不竭,且于货物之运搬上,补助之力甚大。

虽然动物之繁殖,与人类之增加相待,迁徙渐难,其结果则团体徘徊之范围不得不缩小。徘徊之范围既缩小,则不得不研究供给食物之方。盖胡桃、覆盆子等自然之果实不足恃,而现出农业经营之状态。又渐废其偶尔之收获,而播种以待其成熟,所谓收获谷物。较饲养动物,催进定住的生活,尤为有力者也。

政府最初之形式 饲养之动物、收获之谷物,皆归自己之所用,以其劳力相偿,于是所有权之观念渐生。所有权云者,含窃盗防止之意。是必经社会之承认,且有保护之规则而后可。然欲实行保护之规则而无遗憾,则必有权力之伟大者临其上,较部落及家长团体,更秩序整然而后可,是即政府成立之初期也。初期之政府必假神之援助,而后有使人民服从之权力。人民对于政府之规则亦以其出自所属种族之神,而遵奉之。决非因其为首长之命令,而服从之。故此时政府之形式,所谓神治国主义,纯以神权统治者也。

此政府之下,农业发达,都会相继勃兴,商业工业亦渐次盛大。生业种类既繁杂,而关于个人之自由,及其所有权,则不得不有特别法规之制定,此亦自然之势也。法规之制定也,必先酿成多数之议论,而后少数之掌握政权者,采其合理者而宣布之。人民各种之利益既增大,确认固定政府及有法规之利。而政策之运用,希望神之援助者渐减少。于是统治之首长,即以其自己之命令,为神之直接法则。理论上虽谓其权基于神授,事实上则废弃神治国主义,而独裁专制主义代兴。所谓独裁专制主义者,乃君主一人专擅政权,其权力绝对的不可侵犯者是也。此主义今犹实行于东洋诸国及俄罗斯。

专制时代 欧洲纪元前二十世纪间,生业之进步甚微,人民之多数不脱蛮风。而专制政治之基础渐巩,其强盛之部落及王国汲汲扩张领土,务使稍小者服从而隶属之。因战斗亘数世纪不绝,至罗马帝国之勃兴,人民皆立于统一制度之下,天下始归于平和。纪元后五世纪罗马帝国灭亡,全欧瓦解,而再现原始时代之状况。纪元八百年之顷,有加罗大帝者,再建一帝国,然仅十四年之间而即没。时封建制度盛行。强有力之武士及大地主等事实上亦等于王者。各于其领土内有无限之威权,人民对于其地主为奴隶,受残虐无所不至。又当时超然诸王者之上,攫取权势者,则为教会。教会有予夺王位之权力,赏罚一任其意。故当时欧洲之社会,统谓之专制时代。伸言之谓之教会专制时代亦可。然因此教会之关系,十字军之战争起。因此战争,而商业制造业等,遂为长足之进步。其结果使都市繁盛,而自由政治,即渐次发生焉。

自由政治之发生 都市之繁盛也,野心之贵族,每乘机掠夺以为快。人民因拥护其财产及自由,势不得不互相团结以御之。而常与贵族齟齬之王者,又率援助都市,授予特权及特典,使免贵族之强夺。此王与都市相亲,终胜贵族之理由,亦即人民享自由政治之绝好机缘也。十一世纪至十二世纪之间,欧洲都市之发生甚多,率施行自治政治,俨然自由市府之小共和国。渐以其对于贵族者,抵抗王者滥行之权力。英国纪元一千一百年,发布之大特许状,一千二百十五年,发布之所谓金牛大宪章,是实近世自由制度之基础也。十五世纪,封建制度废灭,而王权增加。然市民者常介在王朝与贵族之间,权力亦渐渐进步。一千二百六十五年,人民曾派遣代表者与议第一期之英国国会。十四世纪之中叶,其下议院已于英国之政治上,占确有势力之地位,是为代议政体之嚆矢。其后查尔斯第一,欲维持王之绝对的权力,拂輿情而不顾,终致革命之结果。自此以后,统治权移于国会,而人民之权力不可动摇,共和之端见矣。

民主共和制 自由思想最发达之英国民,移住美洲,渐脱英藩,建美国,破坏旧制度,而昉定共和制。共和制者,实自然的又最进步的之政治组织也。其政治全然为代议的,即元首之大统领,亦皆由公众之选举,而王权尽绝其

迹。尔来人民益扩张其自由之范围,文明益臻发达云。

由无政府而有政府,由专制而立宪,而共和,皆循自然之轨道,而非可以人力强阻之者也。故时势之所趋,或可由专制直抵于共和。断无不立宪不共和而专制政治常存之理。故自美国设立共和政治以来,美洲各国率仿其制。欧洲各国鉴于法国一千七百八十九年大革命之惨祸,亦相率趋于立宪主义。自日俄战之结果,俄罗斯亦于今年五月十日发布宪法。亚洲之波斯,亦相继颁宪法之诏。我国于七月十三日,亦有及时仿行宪政之诏敕。人皆谓二十世纪无专制存立之迹,诚哉其然也。然我国立宪之诏敕既下,官制改革之役阻难万端,或易其名而存其实,期保存专制政治于不敝。而激烈共和之论,乃乘势而中于人心。无论巴黎之惨祸何,若口不忍言,而群虎眈眈环伺。果持何道以免其抻噬矣?噫嘻!

原载《新译界》第1号,1906年

·数字·

12428家 据环太平洋律师协会第17届年会通报,我国现有律师事务所12428家,执业律师约13万人,每年办理170多万件各类诉讼案件。律师还积极参与议政,协助推动国家和地方立法,全国有430名律师担任各级人大代表,1226名律师担任各级政协委员。

96.8% 据中国青年报社会调查中心与腾讯网新闻中心联合实施的最新调查,在8351名受访者中,96.8%的受访者认为垄断行业乱收费现象严重。其中,被认为是不合理收费的包括:“手机漫游费”(86.3%)、“固定电话/ADSL/有线电视等各种初装费”(85.1%)、“银行卡年费”(79.6%)、“提前还贷违约金”(66.1%)、“银行账户挂失费”(60.6%)、“邮局的包裹统一包装费”(58.3%)和“公交卡押金”(54.2%)等。

15% 据普索咨询公司最新完成的一项调查显示,在北京、上海、广州、天津、沈阳、青岛、秦皇岛共7个城市中,15%的低收入人群(家庭月收入在1500元以下)感觉近半年生活水平下降了,对生活感到不满意的人达1/3。另一方面,调查呈现的规律是收入越高的人生活满意度越高,家庭月收入在8000元以上的居民满意度接近90%。

论合同法的体系缺陷

——从比较法的视角

刘彤海* 樊华**

我国合同法自1999年实施以来,赢得了海内外专家的好评,也经受了司法实践的检验,为我国未来民法典的诞生起到了奠基性的作用,是一部面向21世纪的合同法典,堪称我国民事单行立法的里程碑。但是纵观中外法律发展史,任何一部法典都是斗争和妥协的产物,都难免留下时代的“胎迹”,我国合同法亦然,除了法律永远落后于变动不居的社会现实生活这一重要因素之外,还由于当时立法经验和技术的不足,法学理论研究的幼稚,乃至“左”的思想干扰以及部门立法的惯性作用,所以用今天的眼光审视这部合同法,可以检索出这样或那样的缺点和不足。我们认为,合同法的体系应具有形式上的合谐性与统一性,内容上的充实性与完整性,逻辑上的严谨性与精确性。本文试图从比较法的视角阐述该法典法律体系上的缺陷与不足,对合同法的体系做初步的构建,以期未来修改合同法或制定民法典作参考。

一、合同法分则逻辑结构体系存在的缺陷

我国的合同法结构是按照大陆法系即德式潘德克吞体系构建的。德国民法典采五编制:总则编、债权、物权、亲属、继承。其逻辑结构为先总则,后分则,从一般到个别,从抽象到具体。在适用上是先从具体到抽象,由个别到一般。所谓抽象,即把五编制里面的共同的法律行为规则抽象出来放到总则里;所谓具体则是指民法典的各分则编。这是一个大的逻辑脉络体系,在大的逻辑里还套有小逻辑,即每一分编里还有一般和个别,具象和抽象的逻辑关系,这一点我们翻开德国民法典可以看得很清楚。比如债编,先是抽象出债的关系共性的东西,即一般规则,然后再到各个具体的债务关系的类型。著名法学家谢怀栻先生说,“要在《德国民法典》中查找某一种事项的规定,只要掌握了这种体系的要领,就很方便。例如关于物的买卖债的关系,我们

* 刘彤海:河南省尊严律师事务所主任,律师。

** 樊华:广东省天骏律师事务所律师。

应该按照买卖(第二编第七章第一节)双务契约(第二编第二章第二节)的一般规定,债的一般规定的顺序去查。最后直到总则编。”因此有学者称,德国民法典是“精确的计算机”。我国合同法采用大陆法系模式,即德式的逻辑规范,先从一般(总则),到个别(分则),由具体到抽象的逻辑结构。那么我们就不妨用该结构检讨一下合同法体系上的缺陷。需要说明的是,我们的论述是从个别到一般的逻辑顺序开始的。

关于合同的类型有各种不同的分类方法,有形式上的分类如要式契约,非要式契约;有原因上的分类,如要因契约与不要因契约;有义务上的分类,如单务契约、双务契约;还有特征上的分类,如诺成契约、实践契约等。这些分类对于认识契约的不同类型,对其法律关系加以定性,是处理契约关系的基础,对法律实务工作的指导有其特定功用。本文是从债的关系的交换属性出发将债编分别划归若干类型,然后再谈合同法体系存在的问题,这对于立法技术与实务有特殊意义。

关于合同的类型,王利明教授区分为三种,一是转移财产的交易,二是提供服务(劳务)的交易,三是其他不能完全归于上述两种类型的交易。这种划分是以市场交易形式上做的区分,没有从交易的性质上把握分类,看不出严谨的逻辑性。有的学者将合同类型分为十种,即转移所有权的合同、设定用益物权合同、完成工作成果的合同、给予信用的合同、供给服务合同、雇佣合同、承包经营合同、移转智慧成果的合同、合伙合同、融资租赁合同。这种分类眉目较清,但除了前三类之外,都是根据我国现存的交易形式归类,无逻辑性可言。如其将借贷合同从用益合同中分离出来,不符合合同的性质,混乱了内在的逻辑体系;另如土地承包合同属用益物权的内容等等。因本文旨在阐述合同法缺陷,对此不予置评。所谓交易属性,系指债的关系根本特性,或谓质的规定性。可惜对此根本属性,历来学理研究较少,中华民国30年代颁布民法典之后,现代法学大师庞德教授认为这部民法典是世界先进性法典,奉劝中国法学家们在理论上下些功夫,建立自己的理论体系。这个忠告现在尚未过时,我国立法超前理论滞后的现象尤其是合同法理论,物权法理论迄今一无改观。譬如本文从债的交易性质归纳和划分合同的类型,有的学者还颇为不解,认为没有必要按性质去划分,真是可悲亦复可怜(理论贫乏得可怜)。本文之所以从这个命题研探合同法的结构体系,就在于乏人论及,而在立法的理论和技术上又确实需要进行一番梳理,这是笔者撰写本文的初衷。这个问题的重要性,黑格尔早在180多年前就有十分精辟而独到的见解:“契约的分类以及本于这种分类而对各种契约的理智上处理,不应从外部情况,而应从存在于契约本身本性中的差别引伸出来。这些差别就是形式的契约与实在的契约,然后是所有权与占有和

使用,价值与特种物等等的区分,于是可得出如下的分类(这里所做的区分大体上是跟康德的区分相一致的,《法学的形而上学的第一要义》,第120页以下)。放弃实践契约和诺成契约,有名契约和无名契约等通常习用的契约分类,而采用合理的分类,这是好久以来所期待着的。”像黑格尔这样的法学大师是看到了从契约性质分类的重要性的。接着黑格尔就将赠与、互易和买卖等转移财产所有权的契约归为一类加以论述,之后又将租赁等转移使用权的合同依逻辑顺序划归一类并加论述:“我订立契约而把物的使用转让时,我虽然不占有该物,但仍为该物的所有人。”而后对雇佣、契约担保进行逐一论列,颇具深邃的哲理。合同法分则内容的设置不应是随意的和杂乱无章的,而应有内在规律可循。遗憾的是我国法学界在立法技术和理论上没有甚至忽视了这方面的研究,因此出现无规可循,无律可依的现象。在我国现有的合同法出版物中,只有著名法学家王泽鉴先生按照大陆法系的逻辑结构对合同种类进行的归纳和抽象让人折服。王氏将合同种类按照对物的交换性质做了分类,将契约分为六种类型,基本囊括了所有的类型。即:

- (1) 让与财产权的契约 { 买卖
互易
赠与
- (2) 以物供他人使用或收益的契约 { 租赁
使用借贷
消费借贷

我们可以把第(1)、(2)类契约抽象为人与人之间物的交易的契约。这是两者的共同点,其区别在于一个是移转物的所有权,一个是移转物的使用权。

- (3) 劳务及工作给付契约 { 雇佣
承揽
旅游
委托
寄托

第(3)类契约其共性可抽象为人与人之间非物的交换契约,即提供劳务或服务的契约。

- (4) 具共同团体性的契约 { 合伙
隐名合伙

第(4)类契约为人合与资合契约,即二人以上互约出资,以经营共同事业之契约,按史尚宽先生的观点,其具有强烈公同共有团体性,区别在于显名合伙与隐名合伙。