

超越民法的 民法解释学

税兵 著

*M*ETHODOLOGY
IN CIVIL ADJUDICATIONS

法外信



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

超越民法的 民法解释学

王泽鉴 著

王泽鉴民法学说与案例研究
第3卷 民法解释学

中国政法大学出版社
2003年12月第1版

超越民法的 民法解释学

税兵 ©著

*M*ETHODOLOGY
IN CIVIL ADJUDICATIONS



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

超越民法的民法解释学/税兵著. —北京:北京大学出版社, 2018. 3

ISBN 978 - 7 - 301 - 29288 - 4

I. ①超… II. ①税… III. ①民法—法律解释—中国 IV. ①D923.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第034400号

书 名 超越民法的民法解释学

CHAOYUE MINFA DE MINFA JIESHIXUE

著作责任者 税 兵 著

责任编辑 李 铎

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 29288 - 4

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.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 北京汇林印务有限公司

经 销 者 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 20印张 241千字

2018年3月第1版 2018年3月第1次印刷

定 价 59.00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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

To My Family



税兵，1971年10月出生，四川自贡人，北京大学法学博士。曾任南京大学法学院教授、博士生导师，现任教于澳门大学法学院。职业生涯与研究兴趣，皆跨界而行。从实务辗转学术；从偏好法教义学，转向探寻真实世界中的法律模型。获江苏省第三届“十大中青年法学家”称号，2012年入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”。出版专著《非营利法人解释》，并先后在Journal of Civil Law Studies, University of Miami International and Comparative Law Review, Chinese Education and Society, 《中国社会科学》《法学研究》《现代法学》《清华法学》《法律科学》《法学》《法商研究》《政治与法律》等学术期刊发表论文四十余篇。

序说 AI时代的法学技艺

I.

2017年5月,AlphaGo和中国棋手柯洁展开了三盘人机大战。不出所料,柯洁完败。后续的故事是,柯洁此后在与人类的比赛中势不可挡,取得了二十三连胜,被棋友们誉为“半人半狗”。^[1]

围棋,曾被喻为人类智力最后的城堡。围棋不仅需要计算,还需要对局者的本能或直觉,而后者属于人类独有的能力。但此“狗”却如此厉害,超越了人类,成为对弈者心目中的“围棋上帝”。比赛的最终结局是,在未逢对手后,研发者宣布AlphaGo退役。

法律和围棋,看似是不沾边的两件事。然而,这场比赛昭示着我们,Artificial Intelligence(人工智能,简称AI)不再是科幻小说的场景。一旦人工智能可以打败人类的天赋,AI时代即将(或已经)到来。在这个新时代里,不管你喜欢还是不喜欢,AI都将前所未有地占领人类的世袭领地,法律亦不能置身域外。

从学说史的角度考察,人工智能进入法律领域的开山之作,是两

[1] 参见浙江在线2017年7月19日新闻报道:《柯洁变身“半人半狗”扬言让职业棋手两子竟然一一兑现》, http://zjnews.zjol.com.cn/zjnews/hznews/201707/t20170719_4589611.shtml。

位美国学者在 1992 年发表的论文《法律适用中的人工智能设计》。^[1] 作者认为,通过区分形式法律推理(formal legal reasoning)和法律运行(legal function)两类适用途径,能设计出对应的人工智能模型,只要建立起庞大的数据库,足以让计算机去自动化解决法律适用问题。该论文思想在当时过于超前,一直未受学界待见。该论文从投稿到正式发表耗时约三年,在其发表后的二十多年,引用率也是可怜的个位数。^[2] 不过,法律人对自身技艺的自信,丝毫未阻挡人工智能大幅迈进的脚步。

进入千禧年后,AI 带给法律人的是接踵而来的坏消息。在 2013 年一篇被广泛引用的文献中,研究者把 702 项职业划分为低度技能、中度技能和高度技能三类范畴。其中,法律助理与货车驾驶,都属于即将消失的工作,失业概率高达 0.94。^[3] 此项预言正在逐渐变为现实。2017 年 6 月,摩根斯坦利公司所运用的合同智能(contract intelligence)软件,每年可以省下 36 万个小时的律师服务,还能大幅度降低合同的出错率。^[4] 从法条检索、文书撰写、合同管理等非诉讼业务,到案件预测、诉讼策略选定等诉讼业务,传统律师的很多工作都可以被机器所替代。

律师助理成为了潜在的失业群体,接下来是否该轮到律师、法官、法学教授? 这是一个容易令学界恐慌的问题。研究者安慰道,机器毕竟不具有社会智能(social intelligence),律师数量会减少,但不会

[1] Raghupathi Wullianallur and Lawrence L. Schkade, Designing Artificial Intelligence Applications in Law: A Systemic View, 5 *Systemic Practice and Action Research* 61 (1992), pp. 61—78.

[2] <https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF01060047?LI=true>.

[3] Michael A. Osborne and Carl Benedikt Frey, The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation, *Paper for the Oxford University Engineering Sciences Department and the Oxford Martin Programme on the Impacts of Future Technology Workshop on "Machines and Employment"*, 2013, pp. 4—70.

[4] <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-02-28/jpmorgan-marshals-an-army-of-developers-to-automate-high-finance>.

有失业之虞。^[1] 可是,这个结论忽略了一个社会现实:法学院毕业生大多是从律师助理开始起步,由实习律师成长为正式的执业律师。职业分层一旦断裂,法学院学生“毕业即失业”的可能性就大幅度增加了。或许,这反过来会促进法学教育的精英化,把法学院交给就业市场去选择和淘汰。

在可预见的时间内,AI对于律师及法官的意义在于,通过海量的数据分析,能够形成对特定法律问题的裁判预设,进行同案类推。大数据分析的低廉快捷,让律师和法官能从繁琐事务中解放出来,不再耗时于程式化的服务,而是专注于个案在法律适用上的特殊性。大数据难以解决的,是对个案的深度分析,尤其是价值判断与逻辑说理的结合,而这恰是法官与律师职业价值之所在。

在我看来,不管未来人工智能如何发展,法官与律师都是不会消失的职业。库克2017年在麻省理工学院毕业典礼上的致辞,是对法律人职业价值的另类诠释。“我不担心人工智能像人类一样思考。我更担心人类变得像计算机那样,没有价值观,没有怜悯心,全然不顾后果。”^[2] 没错,可怕的不是机器成为人类,而是人类变成机器。如同鹰眼不能替代场上裁判一样,数据终究不能替代思想,逻辑终究不能替代同理心,法律守护者只应是有血有肉的生命体,而不会托付给冷冰冰的机器。

AI最为擅长的司法裁判预测,从来就不是学术目标,自然也无法替代法学研究,法学教授不会被拉入失业黑名单。在大陆法系,立法机关是最重要的法律供给者,法官是最重要的法律实施者,法学家则是最重要的法律解释者。根据哥德尔不完备定理(Gödel's incomple-

[1] Michael A. Osborne and Carl Benedikt Frey, *The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation*, Paper for the Oxford University Engineering Sciences Department and the Oxford Martin Programme on the Impacts of Future Technology Workshop on “Machines and Employment”, 2013, p. 41.

[2] <http://news.mit.edu/2017/commencement-day-0609>.

ness theorems),“你永远不能找出公理的完整集合”。^[1]因此,法律体系如果巨细靡遗,就一定有矛盾;如果没有矛盾,就一定不完备。法律体系不能兼具无矛盾性和完备性,就需要法学家的努力去填补漏洞,让法律更好地适应社会生活,这也决定着法学家职业的不可替代性。

法学家作为职业不会消失,被革命掉的将是法学家的傲慢,以及沉淀了上千年的自我中心主义。在社会科学领域,法学是最古老的学科之一。法律适用的地域性限制,以及法律稳定性的价值诉求,导致法学研究的封闭保守。纵览历史,法学的自洽性离不开两种思想体系:神秘主义与理性主义。前者依靠庶民的敬畏之心,后者借助科学话语,来维系法学及法学家的权威性。在历史逻辑中,抽象的法律语言逐步脱离了生活,法学最终成为专门的技艺。

随着人工智能的出现,法学技艺亦会发生改变。三段论的形式逻辑推演,计算机自动完成,无需专门技艺;法学家需要的是走出概念金字塔,关注民众情感,让法律无限接近常识——而这原本就是法学的应有之义。在这个意义上,大数据将会让法学研究“恢复出厂设置”。

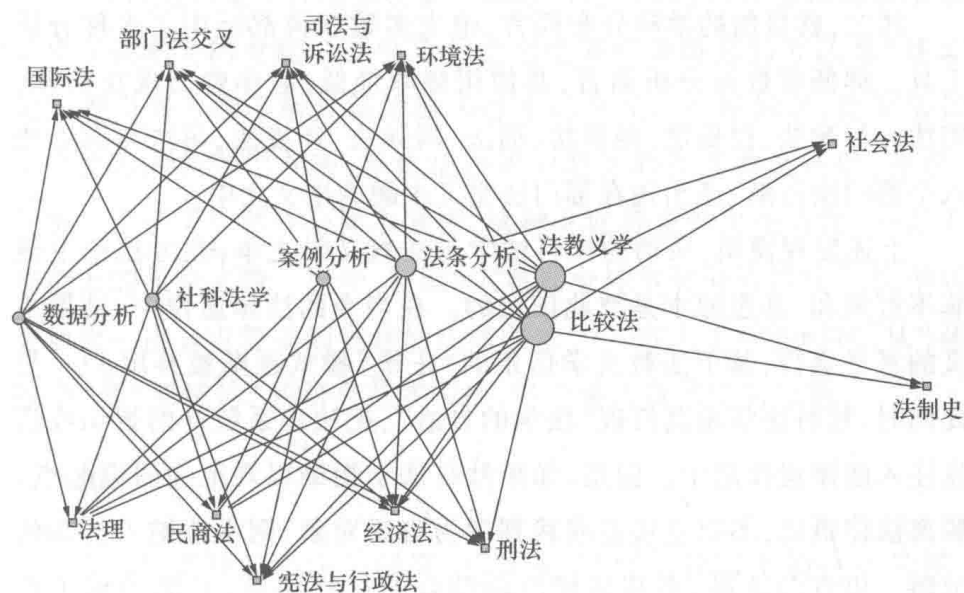
II.

当下中国的法学研究,存在社科法学和法教义学两种范式之争。从理论呈现的视角来看,前者研究因果机制的事实判断,后者研究规范选择的价值判断。打个比喻,社科法学就像美食点评网,告诉你食物味道如何;法教义学就像菜谱或厨师操作指南,告诉你如何烹饪。二者的方法论路径截然不同,孰优孰劣的争论是个伪命题,如同讨论球队前锋重要还是后卫重要一样无趣。

[1] Raymond M. Smullyan, *Godel's Incompleteness Theorems*, Oxford University Press, 1992.

那么,社科法学和法教义学的鸿沟能否打破呢?在 AI 时代,一切皆有可能。在我看来,传统的法学研究工具包括法条、案例、比较法、数据四个分析要素,或择其一,或择其二三,或全部兼具,而不能“四大皆空”。笔者由此假定:社科法学和法教义学都离不开这四项要素,只不过在取舍上有所偏重而已。

为管窥当下的研究现状,笔者统计了 2012—2016 的五年间,《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》三大权威期刊的法学论文。^[1]通过对全部 558 篇论文的学科分布、研究路径、分析要素进行逐一归类,形成如下的社会网络分析图:



[1] 统计数据如下:《中国法学》284 篇,《法学研究》219 篇,《中国社会科学》55 篇,共计 558 篇。具体而言,“法理”71 篇,占比 12.7%;“宪法与行政法”72 篇,占比 12.9%;“民商法”120 篇,占比 21.5%;“刑法”58 篇,占比 10.4%;“经济法”32 篇,占比 5.7%;“司法及诉讼法”132 篇,占比 23.7%;“环境法”6 篇,占比 1.1%;“社会法”4 篇,占比 0.7%;“法制史”15 篇,占比 2.7%;“国际法”25 篇,占比 4.5%;“部门法交叉”23 篇,占比 4.1%。“社科法学”共 46 篇,占比 8.2%;“法教义学”共 512 篇,占比 91.8%。法学研究方法方面:“法条分析”214 篇,“案例分析”86 篇,“比较法分析”284 篇,“数据分析”52 篇。

细心的读者倘若观察上图,会有如下发现:

其一,就目前的研究范式而言,法教义学仍然占据着主导地位,是各个部门法学都采用的分析方法;而社科法学则属于边缘化位置,社会法和法制史范畴尚未出现社科法学的论文。

其二,就目前的研究方法而言,比较法分析和法条分析仍是最基本的方法论工具,其适用范围远远超出案例分析与数据分析。值得指出的是,比较法分析仅仅是针对法条分析展开,而很少与案例分析和数据分析相结合。换句话讲,所谓的比较法研究,仍停留在法条对比的初始阶段,而没有融入案例与数据以实现功能比较。

其三,就目前的学科分布而言,绝大多数学科都运用了多种分析工具。即便就数据分析而言,其使用频率最低,但亦曾出现在法理、宪法与行政法、民商法、经济法、刑法、国际法、环境法、司法与诉讼法八个部门法范畴,还出现在部门法交叉主题的论文之中。

上述发现说明,所谓的社科法学与法教义学之争,在方法论上绝非不可调和,甚至原本是彼此依赖的。在当今的法律运作中,结果主义的考量盛行,基于法教义学信条的“正统”模式逐渐被弃用。^{〔1〕}与此同时,社科法学希冀打破“法学的自治”,把法律系统外的智识或信息注入法律运作之中。但是,如果社科法学拒绝以规范为研究起点,脱离法律语境,不以立法者或裁判者为言说对象,则不应纳入法学的范畴。更直白地讲,不和法律问题结合的社科法学,只能是单手拍掌,有风无声;不在法律系统外寻求智识支援的法教义学,只能是自说自话,沦为屠龙之术。

最为可能融合社科法学与法教义学的场域,就是对疑难案例的法

〔1〕 刘涛:《法教义学危机?——系统理论的解读》,载《法学家》2016年第5期。

律论证。裁判居于法律的中心,而疑难案件又是裁判的中心。^[1]法教义学承认,疑难案件需要通过法律续造来完成,但强调法律续造应具有教义学品性,从而与政治、经济、道德等法律体系外的话语保持距离。究其本质,疑难案例的出现,是哥德尔不完备定理在法律体系中的体现,而这恰是社科法学大展身手的好舞台。倘若社科法学能充分运用数据分析工具,为法律论证提供外部支持,把政治、经济、道德等外部视角转化为法律话语,就能实现社科法学与法教义学的无缝连接,而不是目前的彼此冷落。

当然,这只是一种理想场景。幸运的是,AI时代为这种理想场景提供了技术上的可能。过去几个世纪主宰科学研究的方法是“还原论”,把世界万物不断分解为越来越小的单元。归根到底,传统法教义学常用的类型化方法,就是把法律问题像剥洋葱似地还原、分解、归类。由于无法展开全样本分析,这种非此即彼的思维方法,只是方法论上的无奈之措。如今,借助“大数据全样本的分析样式”,法学研究者第一次有可能看到完整的法律图景。^[2]在人工智能时代,从“还原论”到“系统论”的研究范式转换,终于被大数据变为可能。

III.

本书所展开的民法学研究,正是在AI时代背景下的一次尝试。书名为《超越民法的民法解释学》,是想表达作者的学术立场:民法问题绝不是由本部门法学者“独家经营”的山头地盘。恰恰相反,只有打破学科壁垒,消弭把本学科“做大做强”的狭隘心理,民法学才能顺

[1] [德]拉尔夫·波舍:《裁判理论的普遍谬误:为法教义学辩护》,隋愿译,载《清华法学》2012年第4期。

[2] 最有说服力的例子是中国裁判文书网。截至2017年8月24日,该网公开文书逾3200万篇,访问量破百亿。

应 AI 时代的社会变迁。

当然,所谓超越民法,绝不是脱离本国法治实践的空洞措辞。不管是遵循法教义学抑或社科法学的研究进路,倘若不能从本国的司法裁判中挖掘法律素材,甘于做学术搬运工,或漂浮于域外,或逃遁于世外,“甲说乙说随便说”〔1〕,看似增加了学术 GDP,实则为吃祖宗饭、断子孙路的不义之举。

全书分为上下两篇。上编主题为“司法裁判中的民法解释学”,尝试从还原论的内在视角讨论民法规范,涉及民法总论、物权法、侵权法、合同法、亲属法等范畴,在分析工具上偏重于传统的法教义学。五个章节均围绕疑难案例展开,力图通过条分缕析的说理论证,发展中国语境中的民法学说。第一章以占有改定案为例,探寻一个法学方法论的适例:如何在法律文本的意义脉络中去解释有歧义的民法规范;第二章以包价旅游合同纠纷为引子,厘清了债法中最含混的“不真正连带”概念;第三章探讨诋毁死者名誉的判例,围绕人格、人格权、人格利益等基本范畴,反思身后损害的逻辑构成;第四章从最高人民法院的第 1 号指导性案例出发,讨论了居间合同履行过程中的双边道德风险问题;第五章针对最高人民法院第 23 号指导性案例,论证了纷争颇久的“知假买假”法律适用问题,阐释了惩罚性赔偿规则后的法律机理。

下编主题为“学科对话中的民法解释学”,尝试从系统论的外在视角探讨民法规范,主题涉及民法与宪法、行政法、刑法、房地产法等多个法域的交错,在分析工具上偏重于日益兴起的社科法学。六个

〔1〕 石世豪:《甲说乙说随便说——法学上“学说”的性质及其取舍问题》,载台湾《全国律师月刊》2002 年 9 月号。转引自卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》第 6 卷,北京大学出版社 2010 年版,第 5 页。

章节广泛运用了数据分析方法,着眼于论证民法机理的生成机制。第六章通过对1995年至2015年一千余份中国民事裁判文书的数据分析,探讨最近二十年的司法实践中,宪法规范在民事裁判中发挥着何种功能;第七章论证了中国语境中的自然资源国家所有权概念,是一个法规范系统,蕴含着宪法所有权与民法所有权的双阶构造;第八章是前述章节在具体实践中的展开,作者通过社会调查,回答了一个制度逻辑问题:被誉为“蓝色国土”的海域是具有主权意义的自然资源,但它能否同时成为民法之物?第九章探讨的是民法与行政法的交错难题:在民法典缺位的背景下,基金会治理的法律规范应如何配置?第十章紧扣实务界热议的最高人民法院公报案例,分析了裁判文书隐藏的逻辑瑕疵和论证漏洞,以涉罪合同的效力评价问题为契机,展开民法与刑法的对话;第十一章讨论了房地产“限购令”,作者反对的不是限价,而是反对以户籍手段来剥夺购房者的缔约机会,认为这是对合同自由原则的侵害。

上、下两篇的主题,看似分离,实则暗合。如同作者在书中所言,成文法律多数时候是一架有年头的、新旧设备齐全但配置不一定合理的单反相机。要想拍出优美的法律图景相片,除了提高摄影者技艺,还应不断修订操作手册,使相机的配置更为合理。上编所展开的案例分析,下篇所展开的学科对话,其实都是为了让“中国制造”的法律相机有适合自己的操作手册而已。

作为一名以讲授民法为业者,我常常在课堂上引述美国学者约翰·杜威(John Dewey)的一句话,作为师生共勉的教学箴言:“If we teach today's students as we were taught yesterday, we rob them of tomorrow”。同样,在当下的AI时代,如果我们仍用昨天的技艺来讨论今天的法律问题,则是在掠夺法学的未来。

是为序。

目 录

上编 司法裁判中的民法解释学

第一章 民法规范漏洞的填补

——占有改定案 003

第一节 语义学论述：中国物权法语境中的“交付” 005

第二节 体系性论述：占有改定与物权变动模式 012

第三节 目的—评价性论述：占有改定人为何不能善意取得 025

本章小结 033

第二章 多数人债务体系的重塑

——包价旅游合同案 035

第一节 不真正连带之债的学说史考察 037

第二节 不真正连带之债“四要件说”批判 046

第三节 多数人债务体系的重塑 057

本章小结 069

第三章 穿越生死线的民法机理	
——身后损害案	070
第一节 身后损害:利益是否永垂不朽	071
第二节 裁判立场:救济路径的正当化过程	077
第三节 法律拟制:穿越生死线的民法机理	083
第四节 “最不坏”方案:未来民法典的新展开	095
本章小结	103
第四章 合同履行中的道德风险	
——居间合同跳单案	105
第一节 序说:“重新发现”居间合同	105
第二节 居间合同规则的法律构造	107
第三节 履约过程中的双边道德风险	114
第四节 “跳单”条款效力的裁判立场	118
本章小结	122
第五章 惩罚性赔偿中的规范竞合	
——知假买假案	124
第一节 惩罚性赔偿的规范性质	126
第二节 惩罚性赔偿的规范竞合	132
第三节 惩罚性赔偿的规范适用	138
本章小结	148