

法大民商经济法评论

(第五卷) CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO



学问之人，

上仰天道之光明，下参地道之精微，

心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。

历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勤学术，

或可有五车之才情，传世之篇章。

人民法院出版社



法大民商经济法评论

(第五卷)

CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法大民商经济法评论. 第五卷/王卫国主编. -北京: 人民法院出版社, 2009. 11

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0009 - 9

I. 法… II. 王… III. ①民法 - 中国 - 文集②商法 - 中国 - 文集③经济法 - 中国 - 文集 IV. D923 - 53 D922. 29 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 188493 号

法大民商经济法评论 (第五卷)

王卫国 主编

责任编辑 林志农 孟 晋 张承兵
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550567 (责任编辑)
67550516 (出版部) 67550558 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 340 千字
印 张 18
版 次 2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0009 - 9
定 价 40.00 元

版权所有 侵权必究

序

《易》：“日月得天而能久照，四时变化而能久成。圣人久于其道而天下化成。”学问之人，上仰天道之光明，下参地道之精微，心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术，或可有五车之才情，传世之篇章。曰：若无炎黄以来数百代学人昼夜不息之涓涓，何以见数千年华夏文明气吞万里之泱泱！

今有中国政法大学（简称“法大”）民商经济法学院，乃今日中国法学学人之一群。本院成立于2002年，集法大各相关学科之精英，纳海内外之名宿新锐，组成民法、商法、经济法、民事诉讼法、环境资源法、知识产权法、财税金融法、劳动与社会保障法八大研究所，迄今有专任教师120余名，兼职教授50余名，在校本科生2000名、硕士博士研究生1500名，实乃当今中国最大之民商经济法学团队。

自2003年以来，本院以“砥砺学术，辩研精要”为旨，设“秋季论坛”，以为成果之检阅，并为交流之平台。当秋高气爽之时，全院师生济济一堂。论坛分若干单元，每单元先以选拔之佼佼者（青年为主）演讲，再由校内外名家（校外为主）点评，听众与嘉宾问答切磋，最后由主持人小结。论坛情趣高雅，气氛热烈，给人“余音绕梁，三日不绝”之感。曰：高堂论学，神采飞扬，雅室求卷，思绪留芳，学问之乐趣莫过于此；松径通幽，才俊辈出，枫林落雁，劲酋长驻，学府之成就莫过于斯也！

为将我辈学人之涓涓，汇入吾国学术之川流，特创办《法大民商经济法评论》。本书选取我校学术论坛的部分论文，按学科分门编排，作者均为本院师生。此外还将开辟翻译特区，刊载师生译作，以飨读者。祈望学界同仁及全院师生对本刊多加垂注、批评和参与。

是为序！

王卫国

（中国政法大学民商经济法学院院长、教授、博士生导师）

目 录

第一部分 民商法

中国民法继受中的体系问题研究 / 易 军	(1)
合同自由原则在现代合同法上的重塑及其评价 / 胡利玲	(29)
大陆法系与英美法系合同行为概念比较研究	
——由“合意”与“允诺”展开 / 王 旸	(43)
论我国股份回购制度 / 陈景善	(51)

第二部分 民事诉讼法

简论传统“覆审”制对现代民事再审的消极影响 / 杜 闻	(58)
论审判委员会运作机制审理化的误区 / 韩 波	(65)
行业调解制度研究 / 张 力	(78)

第三部分 知识产权法

我国涉外知识产权保护存在的问题与对策研究	
——对我国 1998 ~ 2007 年涉外知识产权纠纷的实证分析 / 来小鹏	(97)
国家知识产权战略视野下我国企业知识产权战略实施研究 / 冯晓青	(116)
知识产权评估：科学还是艺术？ / 李祖名	(133)

第四部分 经济法与劳动法

经济法理论的历史情结与现代化拓展	
——兼论经济法理论的基石 / 刘继峰	(148)

2 法大民商经济法评论

高度抽象之人与适度具体之人

- 私法与社会法人像区别解析 / 赵红梅 (163)
- 商业银行的破产标准研究 / 刘少军 韩 露 董 宇 (183)
- 寻找被认可的劳动法
- 评《中华人民共和国劳动合同法》 / 郑尚元 李海明 (203)

第五部分 环境保护法

- 法律部门划分传统理论批判 / 侯佳儒 (232)
- 论人与自然和谐的法律保障 / 马燕 (240)

第六部分 高峰论坛

- 2008 年中国政法大学民商经济法学院秋季论坛之高峰论坛 (252)

第一部分 民商法

中国民法继受中的体系问题研究

易 军*

近 30 年来,中国大陆一直在通过法律移植或法律继受的方式从事大规模的民事立法运动。虽然作为此种运动最终成果的民法典尚未出台,但民法通则、合同法、物权法等中期性成果已蔚然大观。理性、体系性是民法(典)的生命,而法律借鉴,特别是混合继受肇致的素材的多元性增强了民法(典)体系建构的复杂性。本文拟对我国民法继受、民事立法中的体系问题进行较为深入、系统的梳理,以总结经验并反思不足,期冀能为我国民事立法更高程度的科学化贡献绵薄之力。

一、法律继受(legal transplantation)与中国民法发展

(一) 法律移植、法律继受与法律发展

法律移植,按照通常的理解,是指一条法规或一种法律制度自一国向另一国或自一族向另一族的迁移。^①虽然对诸如法律应否被移植、能否被移植等应然层

* 易军,中国政法大学民商经济法学院民法研究所副教授、法学博士。

① 参见[英]阿兰·沃森:《法律移植论》,贺卫方译,载《比较法研究》1989年第1期,第67页。大致类似的界定可参见[美]埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方等译,三联书店1990年版,第130页;[法]勒·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12页;[法]勒内·罗迪埃:《比较法概念》,陈春龙译,法律出版社1987年版,第39页。当然也有学者从行为与效果两方面来界定法律移植,认为法律移植不仅包括行为而且还应包括行为的效果——“所谓法律移植,就是一国(或地区)接受外国(或另一地区)的法律并使之发挥作用的过程。”参见吴玉章:《对法律移植问题的初步思考》,载《比较法研究》1991年第2期,第41页。

面的问题,古今中外存在着不同的看法,^①但是,法制后进国家吸收、借鉴法制先进国家的法律条文、法学理论、法律实践,乃至法制发展处于相同阶段的国家之间相互吸收、借鉴对方的法律一直是人类法律发展史上一种极为普遍的现象。^②当前,随着全球化及经济一体化的扩展,区域性法律统一运动或世界性法律统一运动正在如火如荼地展开,这种法律的统一运动正是法律移植的高级形态与阶段。^③在这个意义上,我们可以说“一种法律制度的历史在很大程度上乃是向他国法律制度借用材料以及将法律之外的材料加以同化的历史”^④。

特别要指出的是,虽然在世界范围内对法律移植问题一直存在着不同的争论,相对而言,私法领域的法律移植受到的质疑还是较少的,移植成功的案例更是层出不穷。个中缘由值得思虑,其中民法自身的特质——形式理性是一个极为重要的甚至是根本性的因素。“整体而言,民法的内容确实较符合自治规范的特征,在‘形式理性’上,远高于其他法律领域。”^⑤由于民法是技术法,具有体制中立性,它藉抽象的法律条文来表现,对实际生活中的类似事实进行类型化整理,抽去了隐于其后的若干差异,其普适性较为突出,从而具备更强的可移植性。诚如苏永钦先生所言,各国“以其文化、历史和体制差异之大,对照于民法内容差异之小,更是令人叹为观止。……正是民法这样高度精粹、技术性的语言,才有可能抽离于各种社会的生活条件和世界观,放之四海而皆准。”^⑥

① 耶林指出,“接受外国法律制度的问题并不是一个国家性的问题,而是一个简单明了的合目的性和需要的问题。任何人都不愿意从遥远的地方拿来一件在国内已有同样好的或者更好的东西,只有傻子才会因为金鸡纳霜不是在自己的菜园里长出来的而拒绝服用它”。孟德斯鸠早在18世纪中期的时候就针对一个国家的法律制度对另一个国家的适用性问题提出过自己的看法。他认为,由于法律必须与国家的一般条件相和谐,它们不可能在其被制定的国家之外生效。“为某一国人民而制定的法律,应该是非常适合于该国的人民的;所以如果严格国家法律竟能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事”。(参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1982年版,第6页。)萨维尼通过对民族精神的阐发也排除了法律移植的可能性。(参见[德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第7页。)

② 大陆法系国家或地区吸收法国、德国民法典进而形成数次法典编纂高潮就不用说了,即使是在传统上被认为存在着很大隔阂的英美法与大陆法之间也在彼此互相借鉴。有关两大法系之间法律继受的详细论述,可参见谢哲胜:《英美法和大陆法的融合》,载《财产法专题研究》(三),中国人民大学出版社2002年版,第3~31页。

③ 比如欧洲大陆目前正如火如荼展开的私法统一运动,这场运动的远景目标是建立区际统一的私法实体法,但其新近的效果已经呈现,那就是对欧洲大陆诸国的内国法产生了重要影响,其中德国就应欧盟指令的要求于2002年完成其债法修正。

④ 转引自冯引如:《关于近代民法移植问题的一点思考》,载《西南政法大学学报》2005年第2期

⑤ 苏永钦:《私法自治中的国家强制》,载《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第11页。

⑥ 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第13页。

在概念的选取上,有学者认为“法律移植”一词不能很好地指称内国援用外国法的现象,主张采用“法律刺激物”(legal irritants)或“法律重组”(legal transposition)的概念。如Esin Oruecue认为,经接受程序传入的外国法,因内外国文化、政治经济形势等种种因素的差异,绝不会原封不动一如其于母国的情形,势必经过内化(internalization)的过程,因而会产生变化。如继受成功必得修改外国法,而一旦经修饰的结果,必呈现接受国的规范的特点,便与原貌不同。“法律重组”一词能说明外国法进入内国法体系进而成为内国法之一部分的过程。^①我认为,法律移植并不是对数个外国法的剪贴与拼凑,更不是对某一外国法的简单复制与照搬,而是一场体现了内国立法者主观能动性的法律创制活动^②,尤其是对类如当前中国这样的民法理论体系或立法体系的建构已完成大部的国家或地区来说,更是如此。正是在这个意义上,我国有学者将被动的法律移植解说成积极的立法选择,“法律移植与广义‘立法’活动是同质的”,“法律变革的任何主张,即使是以‘来自域外的法律制度’话语作为表现形式,也是时常包含了我们自身的一个法律变革的价值倾向”^③。因此,上述采用“法律刺激物”或“法律重组”的主张确有一定的道理。不过,概念的置换需要花费很大的成本,我认为,只要采用我国学界另外一个使用较多的术语——“法律继受”就能凸现立法者在引入外国法过程中的创造性,而无需新创概念。诚如苏力先生所言,法律继受的概念可能更恰当一些。继受比较看重继受者的反应,并且这种反应具有决定意义;而移植则隐含了更多的强力和主观意图。^④

法律继受历来是法律发展的重要途径。季卫东先生指出,法制的改革与发展有两种基本方式:一种是法律系统的自我进化机制,通过分化、变异和筛选、以及自生秩序中的定型化结晶而实现。这种机制是以法制对于社会环境的反思为特征的。另一种是从其他法律系统借用材料的外部继受机制。这是一种把进化的时间淘汰转换成借用的空间选择,用以加快发展进程的有效方式。^⑤ 藉法律系统的

① 转引自林超骏:《试论大法官继受外国法之特色与挑战:影响继受结果“质”的几个关键》,载《台大法学论丛》第34卷第3期,第103页。

② 杨振山教授指出,“中国民法典只能与中国实际接轨,而不是与外国民法接轨。对外国法只能借鉴,不能接轨。”与我国一衣带水的邻国日本,其法典的编排主要受1887年《德国民法第一草案》的影响,但其内容却有法国民法的影子,甚至还受到英国法的影响,属于典型的混合继受。如有关时效的规定包含取得时效与消灭时效、不动产物权的变动采取对抗要件主义、规定先取特权、乃至债权人的代位权与撤销权的具体制度等均仿效法国法,而法人的机关责任和损害赔偿法的赔偿范围则受英国法的影响。参见孙森焱:《论民法之继受》,载《法令月刊》第53卷第3期。

③ 刘星:《重新理解法律移植——从“历史”到“当下”》,载《中国社会科学》2004年第6期。

④ 苏力:《这里没有不动产——法律移植问题的理论梳理》,载《法律适用》2005年第8期。

⑤ 季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版,第110页。

自我进化机制来实现法律进步,固然不必面临法律继受常常碰到的水土不服的诘问,但如果任由本国法自然进化,其发展过程恐怕要迟缓很多。对于任何一个法制后进而又立志于迎头赶上的国家或地区而言,参酌国外的立法经验进行法律继受不仅是最便捷的追赶工具,也是在短期内实现法制进步的有效措施。

(二) 近代以来的中国民法继受

就中国而言,自清末法制变革开始,民事立法领域就一直存在着普遍的法律继受现象,在一定意义上可以说,近代以来中国民法的发展史其实就是一部民法继受史。1910年完成的《大清民律草案》第一次将大陆法系特别是德国民法的编制体例与概念体系引入中国,而1930年完成的《中华民国民法》这部中国历史上第一次施行且迄今仍在我国台湾地区生效的民法典则更是在采用德国民法的编制体例与概念体系的基础上,参考了日本、瑞士、法国、泰国等国家的民法。对此,梅仲协先生曾指出,“现行民法采用德国立法例者,十之六七,瑞士立法例者,十之三四,而法、日、苏联之成规,亦尝撷取一二。”^① 吴经熊先生也指出,“就新民法从第1条至第1225条仔细研究一遍,再和德意志民法和瑞士民法和债法逐条对照一下,倒是有95%是有来历的,不是照帐誊录,便是改头换面。”^② 从新中国成立至改革开放前,新中国所进行的两次民法典编纂基本上参考了前苏联和东欧社会主义国家,特别是前苏联民法典的内容。改革开放以后,新中国开始进行全面的法制重建。随后进行的第三次民法典编纂以及1986年颁布的《民法通则》都参考了1962年《苏联民事立法纲要》、1964年《苏俄民法典》和1978年修订的《匈牙利民法典》的体例与内容。^③ 1985年的《涉外经济合同法》则首开中国民事立法继受英美法和国际公约的先河。其实,早在改革开放初期,彭真同志就曾指出,“研究法学必须吸收中外的有益经验”,“法学会要研究古今中外的法律,不管进步的、中间的、反动的,不管是奴隶主的、封建

① 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,初版序。

② 吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第172页。

③ 我国《民法通则》实际上是通过继受苏俄民法而强烈的受到了德国民法的影响。在体系上,《民法通则》的前四章依次为基本原则、公民、法人、民事法律行为,再加上第七章诉讼时效,实质上构成古典民法的总则,这显然是《德国民法典》的体系。第五章民事权利采纳了债权与物权的二分,虽然新增加了知识产权与人身权两部分,但债权与物权仍为主体,条文占据全章的80%左右;在概念与制度上,民法通则采纳了权利能力、行为能力、法人、代理、债权、不当得利、无因管理等源于德国民法典的概念,规定了法律行为制度——概念、要件、效果等。王泽鉴先生曾明确指出,“(民法通则)以民事权利(财产所有权及债权)和法律行为作为核心,在概念形成和体系构成上深受德国民法典的影响。”参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第六册),中国政法大学出版社1998年版,第277页。

的、还是资本主义的，都要研究。取其有用精华，去其糟粕和毒素”^①。自1992年中国共产党十二大确立实行市场经济体制后，中国的民事立法进入了一个新的时期，民事立法中法律继受随之也达到了一个新的高峰。1995年颁布的《担保法》借鉴了德国民法、日本民法、我国台湾地区民法的有关规定。该法将质押分为动产质押与权利质押两类，而不是如法国民法再设立不动产质押的类型，就是典型的借鉴德国民法的做法；再如该法有关保证的范围和形式、保证人的先诉抗辩权及其消灭条件、最高额抵押、留置的条件、定金的违约担保性质等的规定，都与德国民法典的规定十分类似。^②1999年颁布的《合同法》更是切实贯彻了“广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区立法的成功经验和判例学说，并与国际公约和国际惯例协调一致”的指导思想，广泛地借鉴甚至直接采纳了来自德国民法、日本民法、台湾地区民法、英美法、《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）、《国际商事合同通则》（PICC）、《欧洲合同法原则》（PECL）等的概念或制度。^③我国《合同法》所继受的大陆法系的制度，举其要者如，缔约过失（第42~43条）、附随义务（第60条第2款）、后契约义务（第92条）；同时履行抗辩权（第66条）、不安抗辩权（第68~69条）、债权人代位权（第73条）、债权人撤销权（第74条）、承包人法定抵押权（第286条）等。而诸如将违约责任原则从过错责任改为严格责任（第107条）、规定预期违约（第108条）、强制实际履行（第110条）、可预见规则（第113条）、间接代理（第402~403条）等，则是继受英美法或相关国际、区际公约的结果。综观近百年的中国民法发展史，可以看出一个民族为追求法制进步与国家自强的挣扎与奋进，其中对外国民法的继受一直是我国法制建设的重要内容。它不仅为中国创立了一个全新的民事

^① 彭真：“在中国法学会成立大会上的讲话”，网址：<http://past.people.com.cn/GB/shizheng/252/9114/9119/20020929/834147.html>。

^② 如对先诉抗辩权的消灭条件，《德国民法典》第773条第1款规定：有下列情形之一时，先诉抗辩权消灭：①保证人放弃抗辩权的，特别是保证人作为自身债务人承担保证的。②在承担保证后，因主债务人的住所、营业场所或者居所发生变动致对主债务人的权利追诉发生重大困难的。③对主债务人的财产开始破产程序的。④可以认定对主债务人的财产进行强制执行仍不足以清偿债权人的。我国《担保法》第17条第3款规定：有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：①债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的。②人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的。③保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。两者十分类似。

^③ 顾昂然在其所撰写的合同法（草案）材料的介绍中指出，“（合同法）要认真研究、充分借鉴国际上通行的做法，除‘国际货物销售公约’外，还参考了‘国际商事合同通则’……起草时还借鉴了一些国家合同方面的法律。”参见顾昂然：《制定合同法的意义——合同法（草案）介绍之一》，载全国人大法制工作委员会民法室编：《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》，法律出版社1999年版，第36~37页。

法律制度,更使“中国法制因继受……而科学化”。^①

毫无疑问,现今中国民法典的编纂依然离不开对世界范围内先进法律制度及法制成果的普遍立法继受,“对于外国立法例或判例学说具有价值者……在立法或法律解释上,斟酌援用,以促进本国法律之进步”^②。然而,与前三次民法典编纂活动相比,目前及今后一定时期内的民法典编纂无论是在自身条件,还是在外部环境方面都与既往立法存在着明显差异。“目前中国法制继受所面临的外部环境与以往有很大的不同,无论是清末对西方法制的继受,还是中华民国民法,要么是由于国内外政治形势十分严峻,立法没有余裕通过慎重的比较研究来选择模拟范围和进行理论准备;要么是当时没有民事立法的实践,因此在法制变革上强调模仿先进的欧陆法制。与法制变革的前几个阶段不同的是,当前中国已经投入到世界性市场活动之中,国际私法统一化运动也已经取得了相当成果,不同社会之间的沟通手段多样化了。这种局势可以为中国的法制改革提供一些新的有利条件,但也使法律继受的选择性和混合性更强,决定过程更加复杂化。”^③总而言之,一方面,经过建国以来特别是改革开放以来数十年的法制建设,我国民法体系虽未臻完善却也已有所创建,为编纂民法典所进行的民法继受应以此为基础,不能无视这些由我国立法、理论与实务界积数十年心智与精力换得的法制成就;另一方面,从继受的对象来看,可供我国选用的法律素材,除了既往的法国法族及德国法族之外,目前还面临着是否采用英美法系乃至国际公约的选择,而在英美法系,又有美国法与英国法之分。素材的多元化使得目前及今后的法律继受不再是一元继受而是多元继受,这既为民法典的编纂成功带来了契机,使制定出一部比我国民法史上出现的任何一部法典都优秀的民法典更为可期,也为民法典的编纂带来了更大的挑战,如何选择、剪接这些素材需要比以往更加审慎的思考与研究。

二、法律继受与民法典的体系性

(一) 理性、体系化的含义

民法典以(形式)理性为特色,并以体系性为生命,理性、体系性俨然成

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第五册),中国政法大学出版社1998年版,第9页。

② 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第二册),中国政法大学出版社1998年版,第16页。

③ 季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版,第99页。

为民法典的代名词。民法的法典化就是民法的理性化或体系化。^①“成文化、法典化的意义其实在于法律的系统化——即所谓理性化。”^②为此必须先揭示理性与体系性的内涵。

在当代分析哲学看来,理性包含以下要素:经由特定规则推演而来;非前后矛盾;可理解的;可批判的。这些要素乃是构成理性的充要条件。据此,可将法律理性界定为:①法律规定是根据特定规则推演而来(例如根据主权者的意志或公共道德);②法律规定不自相矛盾;③法律规定可以为一般人所理解,即合乎常理;④任何法律规范都是可以予以检验、批判的。^③在这些要素中,作为逻辑性要求的不自相矛盾显然具有特别的意义,是理性的最直观的判断标准。“一个话语和思想体系的理性化程度与它的逻辑连贯性是一致的;越是缺乏连贯性,也就越是缺乏理性;连贯性的彻底丧失,也就是理性的彻底丧失。”^④泰勒甚至认为,“逻辑不一贯”(logical inconsistency)是不理性概念的核心。^⑤而所谓的体系,根据艾斯勒(Eisler)的界定,就是“把既存之各式各样的知识或概念,依据一个统一的原则安放在一个经由枝分并且在逻辑上互相关联在一起的理论框架中”^⑥。由此可以看出,体系性包括以下不可或缺的要素:第一,组成元素的逻辑关联性。^⑦组成要素若杂乱无章、缺乏关联必然无法形成成为体系。而关联表现为符合一定的逻辑规则,首当其冲的就是遵守不矛盾律。第二,组成要素在抽象程度上的层级性。基于此种层级性,诸组成要素可形成成为一种树状结构,这是体系的标准架构。^⑧寻求或者建立“一个协调的、按抽象程度逐级划分的概念系统”构成了法典化的基本前提。^⑨第三,组成要素藉逻辑关联与层次区分形成成为

① 大木雅夫指出,由于普通法“采用了经常把从大量事件中生成的判例组合进既存体系的方式,在这个意义上,在普通法中也实行着一种体系化思维”,那种认为普通法是非体系化的法的观点,是一种“肤浅的、多少过于图解化的看法”。据此,即使是不采取民法典形式的英美法系民法也是具有体系性色彩的。参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第123页。

② 参见陈妙芬:《形式理性与利益法学》,载《台大法学论丛》第33卷第2期。

③ 参见陈妙芬:《形式理性与利益法学》,载《台大法学论丛》第33卷第2期。

④ 郑成良:《司法之内的正义》,法律出版社2002年版,第68页。

⑤ 参见王巍:《相对主义:从典范、语言和理性的观点看》,清华大学出版社2003年版,第109页。

⑥ 转引自黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第427页。

⑦ 韦伯指出,“原始的‘法’不知体系为何物。按照我们今天的思维习惯,体系化意味着:建立所有由分析所获得的法的原则的联系,使它们相互之间组成一个逻辑上清楚的、本身逻辑上毫无矛盾的和首先是原则上没有缺漏的规则体系,也就是说,这种体系要求,一切可以想象的事实逻辑上都必须能够归纳到它的准则之一的名下,否则,它们的秩序就失去了法的保障。”参见[德]韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第16页。

⑧ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第483页。

⑨ 参见[德]施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第19页。

一个（内部诸要素相互关联且具有层级性的）统一的整体。德国学者坎特认为，“体系是一个依原则将知识构成的整体，从而一个法学体系可称为一个根据统一的观点将法律概念构成的整体。”相信事物之间存在某种内在的关联，并竭力寻求最合理的联结因素将知识组成整体，从而从整体上把握知识，这正是体系化思维所追求的目标。这些要素当然也构成体系性的判断标准。

由此可见，虽然作为民法典重要特征的理性与体系性内涵有异，但它们在强调“法律应当内在一贯而不彼此矛盾”上却具有高度的一致性。其实，作为法典的首要内在要求，规则的内在一致性并不是针对法律的高标准，而是人类社会的法律制度所应普遍具备的一项基本标准，是一项底线的要求。^①卡多佐指出，法律体系的匀称性、其各部分的相互关系以及逻辑上的协调性，这些都是深深蕴含在我们法律及法哲学之中的价值。^②美国学者富勒将法律的道德性分为内在道德与外在道德。内在道德又称为程序自然法，是指良法之为良法的基本品质。一个不符合内在道德的法律就不具有要求人民有守法的道德义务的理性基础，包括一般性、公开和公布、可预见性、明确、无内在矛盾、可遵循性、稳定性、同一性等。在他看来，一个不具备内在道德的法律也就丧失了追求外在道德的功能。美国新自然法学家德沃金认为，法律正当性的主要来源是法律的整体性，而法律的整体性包含两个原则，即立法的整体性原则和审判的整体性原则。它要求法律“尽可能把社会的公共标准制定和理解看作是以正确的叙述去表达一个正义和公平的首尾一致的体系”。当然，这里的整体性的概念并不完全等同于法律的一致性，但是它却以法律的一致性为基本条件，而法律的一致性又首先表现为逻辑的一致性。由于逻辑的一致性之于法律的不可或缺，因此它可以成为评价法律的一项重要指标。卢埃林指出，“对利益、实体权利和规则以及法律救济的分析使人认识到法律是人为制造的、应当并且能够接受批评、改造和变革的东西，这种批评、改造和变革的标准不仅来自于法的内部（内部的协调，规则之间的逻辑一致性，部分和全体的一致性），而且也来自法的外部，来自法进行规范并为之服务的社会”^③。这就说明，“内部的协调、规则之间的逻辑一致性、部分和全体的一致性”等逻辑上的要求与法律规范并服务社会的实效一起，都是批评、改造和变

① 苏永钦教授指出：“人类的法律思考其实从来就不脱体系（system）和议题（topic），只是大陆法系发展出来的体系取向的法律方法，往往以形式的三段论隐晦了实质的议题思考，而英美法系发展出来的案例取向的法律方法，则以形式的案例归纳隐晦了实质的体系思考，如此而已。”参见苏永钦：《民事立法与公私法接轨》，北京大学出版社2005年版，第52～53页。

② 参见〔美〕本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002年版，第130页。

③ 转引自傅静坤：《二十世纪契约法》，法律出版社1997年版，第210页。

革法律的标准。

虽然规则的内在一致性并非民法典体系性的全部,但是如果一部民法典连不冲突这样的要求都无法满足,这部民法典就连一般法律应具备的最基本的品格都不具备,就更谈不上是法典了。内在一致性的要求,不仅是对立法的要求,同时也是对司法的要求。“不但发生于同一时空者,其相同的案件必须相同对待,而且发生于后者,倘无法律特征上之差异,或倘无法律思想或法律政策之改变,先后发生之相同案件,亦应为同一处理,此为法律体系之一贯性要求。所以当要提出与过去不同的考虑处理相同的案件,或要以新的看法处理新生事物,必须注意使新见解可以圆满地纳入既存之法律体系,不可以有逻辑上或价值判断上的矛盾。”^① 内在一致性之所以可欲,道理其实相当浅显——毕竟“……矛盾的法律会使守法者陷入一种两难境地”^②,“冲突的规则,使得人民无法措其手足。”^③

(二) 民法继受中的体系性瑕疵

为中国民法典的编纂成功以实现中国民法的实质性进步,我国依然要进行法律继受。显然,在法律继受中注重新规则与既存法律秩序的融合,关注民法的体系性问题,是民法典编纂成功的重要保证。前已有述,我国当前第四次民法典编纂与既往的民事立法活动在自身条件与外部环境方面存在着很大差异——不是平地建高楼而是要尊重目前已建立大半的民法体系,不是一元继受而是混合继受。这两个方面的状况使得民事立法中如何保持民法的体系性更为棘手和复杂,也使得实现民法典体系性的需求更加迫切。这就要求民事立法者必须更加慎重的考虑民法典的体系问题。诚如苏永钦教授所言,“民法制度相互借鉴或混合继受,可说在所难免。但如果不能意识到中间的环环相扣,移植进来就变成体系的异质因素,容易发生排斥”^④。更有甚者,“若个别法规之基本概念,皆因循其所继受国家之法律理论,而不设法使之与整个体系相配合,融为一体,则法律秩序之崩溃,可计日而待也”^⑤。

可以发现,虽然我国立法在法律继受中在一定程度上关注了法律的体系性问题(如预期违约制度就是一个典型的例证。在传统的大陆法系民事立法或者民事理论中,只承认实际违约这类违约行为形态,亦即只有履行期届满,债务人不履

① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第510~511页。

② [德]卡尔·白舍客:《基督宗教伦理学》(第一卷),静也、常宏译,雷立柏校,上海三联书店2003年版,第215页。

③ 参见曹刚:《法律的道德批判》,江西人民出版社2001年版,第163页。

④ 苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第26页。

⑤ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第二册),中国政法大学出版社1998年版,第18页;王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),中国政法大学出版社1998年版,第130页。

行债务或者履行债务不符合约定才构成违约。我国《合同法》从英美法系移植了预期违约制度,使得非违约方在履行期届满前就可寻求法律救济。这种新型违约形态的引进,不仅与既往的实际违约形态契合无间,而且极大的丰富与完善了我国的债务不履行体系),但是同样可以发现,我国大陆既往的民法继受在关注民法的体系性方面还存在着诸多不尽如人意之处。举其要者如下:

1. 法律行为的概念体系

“Rechtsgeschäft”法律行为是以意思表示为要素,因意思表示而发生一定私法效果的法律事实或法律要件。它是一个完整的概念与制度体系,包括发生当事人预期效果的合法法律行为、无效法律行为、可撤销法律行为与效力未定法律行为等形态。该概念为德国潘德克吞学派所首创,在德国法系的民事立法与民法理论中占有极为重要的地位。自清末法制改革以来,我国发生的数次民法典编纂活动都较为全面地继受了这一制度。1986年颁布的《民法通则》也继受了这一制度,唯《民法通则》放弃了以往将法律行为界定为中性的表意行为的做法,明确地将法律行为规定为合法行为,同时为了说明其他属于表意行为但并不完全合法因而在效力上无效或可撤销的行为,又创设了“民事行为”这一上位概念。由此看来,我国大陆立法者是用“民事行为”这一概念来指称德国、日本、台湾地区等民法中的法律行为。如果说德、日等民法上的表意行为为法律行为,其体系由合法的法律行为与无效法律行为、可撤销法律行为以及效力未定法律行为构成,那么我国大陆的表意行为则为民事行为,其体系由法律行为与无效民事行为、可撤销民事行为等构成。因此,依照《民法通则》,我国大陆法上的法律行为概念其实只是传统大陆法系国家或地区法上的法律行为的下位概念,相当于后者的“合法的”法律行为,两者并不是同一个概念。

我们认为,如果我国大陆立法者有意用民事行为这一概念来替代大陆法系诸国法上的法律行为^①,而以法律行为来特指民事行为中合法的民事行为类型,则除了在涉外或涉台湾地区的法律交流方面存在一定麻烦外,这种立法上的概念选取似乎并无不妥,也不致“赢得”限制私法自治的指责。^②不过问题的关键是,

① 当然,这并不表明我们就赞同立法过程中的所谓“创新”。在立法过程中,实在没有必要为标新立异或凸显特色而创新。毕竟“标新”的概念或制度往往失却那些沉淀久远的文化传统、积无数人类心智而得的概念所具备的严谨性与科学性,譬如“所有权以及与所有权有关的财产权”的表述就不见得比“物权”的概念来得简洁传神。再就是,概念的创新往往也会为对外的法律交往造成人为的障碍。苏永钦指出,“民法典追求的是合理、可行的市场规范,以及符合逻辑、方便操作的规范体系,不是民族主义的宣言书,立法者若能以全球的视野,把目光逡巡于内外之间,多方比较,深入考察,所谓中国特色即可自然浮现。”参见苏永钦:《民事立法与公私法接轨》,北京大学出版社2006年版,第67页。

② 我国大陆就有不少学者运用“民事行为”的概念来构建类如德国法系“法律行为”的制度体系。参见李开国:《民法基本问题研究》,法律出版社1997年版,第127页。

我国立法、理论与实务并没有保有此种概念使用上的连续性,如《民法通则》第四章及其第一节都使用了民事法律行为的概念,而从标题涵盖的周延性计,其实应采用民事行为的表述;从概念使用的一致性来看,为与该法第58~61条所使用的民事行为的概念一致,第54~57条也应使用民事行为这一概念。再如我国许多学者将合同定性为民事法律行为,而实际上,如果我国大陆有意(如上述)用民事行为的概念取代德国法族的法律行为的概念,则合同显然应被定性为民事行为而不是民事法律行为。由此,或许我国立法者有抛弃传统的法律行为概念而构建一套以民事行为为核心的不同的概念体系的壮志,不过这一工作做得相当不彻底,以至于造成概念之间的混乱。为了避免概念体系的混乱,我国未来民事立法要么继续使用“民事行为”的概念,但必须同时改变目前这一概念使用的混乱状态而将该概念的使用尽快统一,要么放弃使用“民事行为”的尝试,直接采用德国法族的法律行为的概念体系。

2. 无权处分与瑕疵担保责任

无权处分制度与善意取得、不当得利、无因管理、主观不能、权利瑕疵担保责任等制度具有密切的联系,从事无权处分的制度设计必须要考虑与这些制度的配套协调问题。我国《合同法》继受德国、台湾地区等大陆法系国家或地区的有关规定而在第51条确立了无权处分制度,对于该制度的适用,一直存在着是否承认物权行为制度的争议,即到底是在采纳物权行为理论的物权意思主义下适用该制度,^①还是在采纳物权行为理论的债权形式主义下适用。^②目前的通说不承认物权行为理论,因此该条所涉的处分是指法律上处分,包括财产的出让、赠与、在财产上设定抵押等行为,而不是与负担行为相对应的处分行为。如在出卖他人之物情况下,无处分权人未经权利人同意即将其标的物出卖于相对人,则处分人与相对人之间的买卖合同效力未定。如果采纳这种观点,认为出卖他人之物、私卖共有物等买卖合同自身效力未定,暂不论它与善意取得等制度的协调问题,至少它与我国合同法所确认的权利瑕疵担保责任制度就有发生冲突之虞。

在出卖他人之物与私卖共有物中,买卖合同成立时便存在着权利瑕疵,并且权利瑕疵往往于合同履行时尚未除去,符合权利瑕疵担保责任的要件。因此,出卖他人之物、私卖共有物为权利瑕疵担保责任制度的典型案型。实际上,权利瑕疵担保责任即是关于买受人自出卖人处取得的标的物为第三人追夺时出卖人如何

① 参见李开国:《对〈合同法征求意见稿〉若干问题看法和修改意见》,载《现代法学》1998年第6期;张谷:《略论合同行为的效力——兼评〈合同法〉第三章》,载《中外法学》2000年第2期等。

② 参见王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社1997年版,第301页;乔平:《善意取得与无权处分的法律竞合及适用》,载《河北法学》2000年第3期;梁慧星:《如何理解合同法第五十一条》,载《人民法院报》2000年1月8日第3版等。