

学 凯原法学院  
UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL

十周年院庆系列

在颇有象征意义的2012年，以历经沧桑巨变的华山路1954号为新起点，年轻的凯原法学院正在迈进另一段征程，面向东方的朝霞及世界法学教育和研究的巅峰。

# 民法系统论思维

从法律体系转向法律系统

顾祝轩 著

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

1901

全球视角

2002

当地行动

2005

多元思考

2007

跨界沟通

2009

2011

2012



上海交通大学 凯原法学院  
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL

凯原法学论丛·十周年院庆系列

# 民法系统论思维

从法律体系转向法律系统

顾祝轩 著

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

民法系统论思维:从法律体系转向法律系统 / 顾祝轩著. —北京:法律出版社,2012.4  
(凯原法学论丛·十周年院庆系列)  
ISBN 978-7-5118-3391-4

I. ①民… II. ①顾… III. ①民法—研究—中国  
IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第064681号

凯原法学论丛· 十周年院庆系列	民法系统论思维 ——从法律体系转向法律系统	顾祝轩 著	责任编辑 高山 装帧设计 李瞻
--------------------	--------------------------	-------	--------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5	印张 10.625 字数 235千
版本 2012年6月第1版	印次 2012年6月第1次印刷
出版 法律出版社	编辑统筹 学术·对外出版分社
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店
印刷 北京中科印刷有限公司	责任印制 陶松

---

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/010-63939796

---

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

---

书号:ISBN 978-7-5118-3391-4

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)

## 总 序

交通大学的前身南洋公学在 1901 年启动近代法政教育,创办了培养治国人才的特班和政治班,并且组织了清末最大规模的外国法律文献资料的编辑和翻译。但在二十世纪初那个战争与革命的时代里,强权就是真理,造反构成规范,力量对比关系决定制度设计。因此,由盛宣怀倡议、蔡元培策划实施的法学研究和教育设计方案,几年之后就被风吹雨打凋零去,幻化成在轰隆旋转的工业齿轮夹缝里不绝如缕的残梦。直到大约一个世纪之后,才终于迎来可以圆梦的机会。

上海交通大学法学院于 2002 年正式成立,2008 年冠名后并称“凯原法学院”。在校方和社会各界的大力支持下,由于全院师生的共同努力,短短十年,尤其是通过 2005 年建章立制、2007 年获廖凯原基金会捐助、2009 年推动法学教育改革和国际化、2011 年加强学科交叉平台建设的四级跳,取得了令人瞩目的成就。例如近年来采取“三三制法科特班”模式培养不同类型的涉外卓越法律人才,借助企业法务中心凝练高层次、复合型法律职业教育的

特色,刷新课程设置和教学方法以加强实务技能的训练,积极推动学术和人才培养方面的国际合作,促进海洋权益、金融司法以及法制与社会发展等问题导向的跨学科研究,注重公益精神的陶冶和社会贡献,诸如此类的亮点纷呈,为切实达到跨越式发展的目标提供了充分的条件和动力。

特别值得骄傲的是,上海交大凯原法学院尽管规模还不太大,但科研实力却很雄厚,拥有两份正式的专业期刊,出版了若干种学术丛书。教师发表学术论著的数量与质量始终保持在较高水平,无论是 SSCI 期刊论文数,还是人均 CSSCI 论文数,或者国家社科基金立项数,都居于全国前列。值此建院十周年之际,我们择出本院部分教师的部分论文、著作以及译著结集出版,以为纪念,以示庆祝。院庆系列丛书主要由科研工作负责人许多奇教授策划和殚精竭虑加以落实;学院教师代表性论文的合集则由学术委员会主席叶必丰教授细致遴选和编辑;王光贤教授在调任上海市人民检察院一分院副检察长之前,早在 2010 年晚秋,曾经主持丛书编辑出版的前期组织活动,贡献了辛劳和智慧。借此机会向以上各位及所有参与相关工作或者给予支持的同仁表示由衷的敬意和谢意。

需要强调一点,发行这套院庆系列书籍的宗旨,不仅仅是、甚至也不主要是为了展示本院教师的研究成果。我们的目的在于通过盘点过去而展望未来。在“十年磨一剑”的节点上画出这个学术共同体的坐标,进行精准的定位,以便确认重新出发的起点、方向以及步调。中国正面临空前的大变局,世界正面临深刻的结构转型,这是一个应该出伟大思想家、出杰出研究成果的时代。但由于社会变化速度太快,令人眼花缭乱,实践已经把理论远远抛在后面,目前的学术研究显得很苍白无力。我们只有清醒地认识现实、承认不足,才有可能在下一个十年里大幅度腾跃、表现出更多的精彩。在这层涵义

上也不妨说,出版院庆丛书的最大效益就是“抛砖引玉”。换言之,这只是法学界一群已经穿越篱笆的自由骑士呈给中国法治希望之星的献礼。

是为序。

季卫东  
2012年初夏写于鹿鸣苑

## 自序

某富裕牧民通过遗嘱向三个儿子分配作为财产的骆驼,长子艾哈曼德将得到全部骆驼的二分之一,次子阿里得到四分之一,三子得到六分之一。在牧民死亡时,家里的骆驼仅剩11头。次子阿里要求与长子获得相同的6头骆驼,遭到其他兄弟的反对。在这种情形下,11头骆驼在三兄弟间应如何进行分配呢?法官经过一番思考后对当事人说:“我将自己的一头骆驼提供给你们。遵循真主安拉的意志,尽快将其归还于我。”据此,判决如下:艾哈曼德获得12头骆驼中的一半共6头;阿里获得四分之一的3头;三子依照遗嘱指定的六分之一获得2头。

这是一则由卢曼叙说的古老阿拉伯寓言故事。卢曼的问题提起对现代民法学研究具有启蒙意义。在此,法律人需要思考的问题有:(1)为什么需要第12头骆驼?(2)第12头骆驼是否已返还?安拉的意志所指什么?(3)为了解决纠纷法官能否向当事人出借骆驼?(4)第12头骆驼在诉讼中发挥的作用是什么?

现代社会越来越要求法律人以寓言故事中法官

般的睿智,去回应外部社会日益复杂的新情况。今天,法律人如何动员社会资源(例如,借用并不属于遗嘱人的“第12头骆驼”),如何使“第12头骆驼”的内在功能成为现实,需要培养和具备实践理性。

在我看来,阿拉伯寓言故事中的“第12头骆驼”既不是指“基本规范”(凯尔森),也不代表外部“暴力”(德里达),而是某种装置,其最大功能在于使法律系统继续地正常运行,如同现代民法对遗产分割借助经济系统的折价完成法律任务那样。可见,法官借助“第12头骆驼”使无法决定(判决)成为可以决定。

卢曼叙说的“第12头骆驼”借用法至少向我们展示了法律与社会的另一种关系。法律与外部社会正在形成结构性耦合关系,法律以独特的方式将外部环境整合进入其内部空间(再入),以提高系统自身回应环境的能力。与此同时,让社会的其他系统(例如宗教系统)发挥其对法律(系统)所需承担的义务(须归还第12头骆驼),这反而缩减了法律内部的复杂性。法律与社会其他系统的边界重叠无疑增加了彼此处理复杂性的能力。所以,法律系统与“环境”的结构性耦合战略可能是今后应对社会复杂性的一种最佳选择。

但是,系统理论同时还告诫人们,要想知道“系统”(知)与“环境”(无知)之间的因果关系是徒劳的。无知在今天仿佛是知的另一面(卢曼)。对法律论题所进行的沟通同样源于无知。由于法律系统的自我描述受制于“观察”这个运作的基本结构,观察者始终存在观察“盲点”。当法官通过使用“区分”(合法/非法)来标示事物时,就已经触及到“观察”。法官这个观察者在观察自己运作时无法自己观察自己。但是,社会却采取各种策略巧妙地转化了无知。例如,法律人借助价值、原则、方法论甚至外国学说,以一种知的姿态来遮蔽这种无知。法律人在热衷于处置“无知”的同时,却遗忘了“无知”本身的功效性。

根据系统理论,无知与不透明性是随着系统一起出现,也是系统运



行的前提。一方面,法律人无时无刻不在构筑转化无知的策略,另一方面又无法扬弃无知这个前提。在标记与非标记之间始终存在着神秘“黑洞”。系统的意义在于使人们清醒认识到自身“无知”的一面,始终对“环境”怀抱着谦卑。

法律其实就是区分“合法/非法”,并且将非法合法化处理。而“合法/非法”之区分是法律自我再入。吊诡的是,法律以法律的名义排除非法。例如,以法律的名义实行死刑。法律借助暴力制裁暴力,但在法律的名义下,暴力却被转换为非暴力,这是一种悖论。法律一方面允许死刑,另一方面又禁止私刑,并将此种“杀人/非杀人”之区分转换为“非法/合法”之区分。显然,这里面隐藏着“去悖论”的策略,即因区分产生的悖论通过采用其它的区分来进行遮蔽。可见,法律的最终依据不是“基本规范”(凯尔森),而是法律自身内在“悖论”(卢曼)。从此种意义上讲,法律就是将非法合法处置(区分化)的“去悖论化”策略。

现代民法学的核心在于通过区分(差异)实现“去悖论化”。作为“规范”与“事实”(外部环境)之复合体的民法学系统思维既强调差异之统一(制度建构),也关注差异存在本身(合法/非法、典型/非典型)。统一象征制度,差异意味多样性。构筑中国市民社会应当是在发现差异并在尊重的前提下实现统合。因此,民法学就是一种观察方法,而“第12头骆驼”代表了法官作出的“拟制”。面对社会变化,法官在法律修辞世界中开拓可能性,以最高灵性生产出各种新的“骆驼”。从此种意义上讲,“第12头骆驼”在本质上也是一种观察的角度,它本身就是一个“观察者”。

系统并非占有骆驼,而是利用了骆驼。“借与还”之运作反映了此种两面性。悖论必须“去悖论化”,区分必须再区分。民法的法社会学分析的核心是法律“悖论”概念即“差异之统一”。请允许我在此将笛卡尔那句名言改为:“我分,故我在”。现代民法学系统论意义在于共存、

制衡与协作。

当你不再满足于翻炒西方法律图景下的“体系神话”时,当你已厌倦法经济学无味的“成本曲线”时,或许卢曼会成为你的好友。这是一本献给“知识冒险者”的读物,是一部献给未来者的书籍。

最后,我想对我的妻子朱清说,十年来我“停滞不前”,有过沮丧,但你那句“你是最有品位的”,始终温暖着我。这本书为你而写。

顾祝轩

2012年4月2日

# 目 录

## 导论 001

### 一、问题意识 001

#### (一)中国私法秩序的“物象化” 001

#### (二)克服私法“物象化”弊端的两种策略:法社会学进路与 法经济学进路 003

#### (三)法律自创生系统理论:一种法律的内在观察视角 009

#### (四)中国民法典编纂系统论视角:一个中国式路径 选择 017

### 二、论述框架 023

## 第一章 卢曼的法律系统理论 027

### 第一节 卢曼法律系统理论概述 027

#### 一、卢曼社会系统理论产生的历史背景 027

#### 二、法律系统的规范性闭合与认知性开放 029

##### (一)法律规范的自律性 029

##### (二)法律系统运行的封闭性和开放性 029

### 第二节 法律系统的功能 030

#### 一、法律系统的功能定义 030

#### 二、规范预期与认知预期 031

(一)规范预期与认知预期的区别	031
(二)规范预期与信任	033
三、法律系统的运行	033
(一)基于法律的行为控制	033
(二)法律系统解决纷争的独特方式	034
第三节 法律系统的代码与程式	034
一、法律系统的二元代码	034
(一)法律结构的“二元代码化”	034
(二)法律结构的双重化	035
二、法律规范的“条件程式”和“目的程式”	036
(一)条件程式	036
(二)目的程式	037
第四节 自我塑成的法律系统	038
一、社会系统的自我生产、自我参照	038
二、法律系统的自我塑成性	039
第五节 法律系统的自我观察	040
一、法律系统的一阶观察	040
二、法律系统的二阶观察	042
三、法律系统自我观察的据点	043
第六节 本章小结	044
<b>第二章 图依布纳的法律自创生系统理论</b>	<b>045</b>
第一节 法律系统自创生理论	045
一、图依布纳设定的问题领域	045
二、法律系统的自创生	046

- (一)法律的妥当性在于自我参照 046
- (二)法律系统与其外部环境的关系 047
- 三、法律自创生系统的特征 048
- 四、法律系统的调整功能 049
- 第二节 自省法学范式 050
- 一、“回应型法”的局限性 050
- 二、从“回应型法”到“自省法” 052
- 三、现代法变迁的三种模型 053
- 四、自省法学范式的具体适用 055
- (一)社会管制法失灵 055
- (二)法律系统“固有的逻辑” 056
- (三)自省法范式的功效 057

### **第三章 自省法学范式下的法律思维 059**

- 第一节 法律系统理论视域内的法律正义 059
- 一、问题所在 059
- 二、法律系统“适度的复杂性 = 正义” 060
- 三、卢曼系统论正义观的具体内涵 062
- 四、小结 063
- 第二节 法律系统理论视野下的法律教义学 064
- 一、卢曼对法律教义学的诠释 064
- (一)何谓法律教义学 064
- (二)重构法律教义学 065
- 二、法律教义学的功能 066
- (一)法律教义学的积极功能 066

- (二) 法律规范与案件事实的关系 067
- 三、法律教义学对法律系统实施操控 068
  - (一) 法律教义学对判决前后一致性的操控 068
  - (二) 法律教义学的规范性闭合与认知性开放 069
- 四、法律教义学与法律“结果取向”思维 070
- 五、法律教义学的修正机制 071
  - (一) “原则—例外”定式 072
  - (二) 法律“结果取向”思维的内在化 073
  - (三) 法律“结果取向”思维的层次分化 074
  - (四) 法律规范“目的程式”之连接 074
  - (五) 法律关系中组人未来责任 075
- 六、小结 076

#### **第四章 民法系统论思维的理论基础 077**

- 第一节 提出问题——民法何以成为自律系统? 077
- 第二节 民法系统的内在关联 078
  - 一、民法系统的规范性元素 078
    - (一) 概述 078
    - (二) 法律概念 079
    - (三) 法律条文 080
    - (四) 法律规定 084
    - (五) 法律规范 085
  - 二、民法规范的动态关联 088
    - (一) 民法规范的耦合关联 088
    - (二) 民法规范的意义关联 089

- (三)民法规范的操作性关联 090
- (四)民法规范的发生学关联 091
- 第三节 民法系统的自我塑成 092
  - 一、民法系统规范闭合性与认知开放性 092
    - (一)民法系统的闭合性与开放性 092
    - (二)规范预期和认知预期 093
  - 二、民法系统的自我参照、自我生产 094
  - 三、民法系统的运行 095
    - (一)条件程式 095
    - (二)目的程式 097
  - 四、民法系统的循环性 099
  - 五、民法系统的演化 100
    - (一)民法系统演化的过程 100
    - (二)民法系统演化的机制 101
- 第四节 民法系统对外部环境的认知模式 103
  - 一、民法系统与外部环境的结构耦合 103
    - (一)何谓系统间“结构耦合” 103
    - (二)法律系统与其他社会系统的结构耦合 104
  - 二、民法系统与政治系统间的结构耦合 105
    - (一)法律系统与政治系统的分化 105
    - (二)法律系统与政治系统的相互依存 106
    - (三)基于合宪性解释的法律系统的动态化 107
  - 三、民法系统与经济系统间的结构耦合 108
    - (一)法律系统和经济系统的相互分化 108
    - (二)民法系统与经济系统间结构耦合装置之一:所有权 109
    - (三)民法系统与经济系统间结构耦合装置之二:合同 110

- (四)小结 111
- 四、民法系统与心理系统间的结构耦合 112
- (一)法律系统与心理系统之间的关系 112
- (二)民法系统与心理系统间结构性耦合装置:权利 114
- 五、小结 117

## **第五章 民法系统论思维“要件—效力”模型 119**

- 第一节 民法思维的基本构造 119
- 一、提出问题——请求权思维过程 119
- 二、民法思维的基本结构为“要件—效力”模式 121
- 第二节 民法系统论思维“要件—效力”模型的具体内容 122
- 一、何谓民法构成要件 122
- 二、请求权与民法构成要件 123
- (一)法律规范说 123
- (二)合意说 124
- 三、民法构成要件的类型 125
- (一)成立要件与阻却要件 125
- (二)积极要件与消极要件 126
- (三)事实性要件与评价性要件 127
- 四、要件事实 128
- (一)何谓要件事实 128
- (二)要件事实的评价性 129
- (三)要件事实的具体性 130
- (四)要件事实的特定性 131
- 五、基于要件事实的攻防体系 132



(一)要件事实与民事主张、证明责任 132

(二)证明责任的分配标准 133

(三)作为攻防对象的要件事实 136

(四)民事诉讼中攻防体系的具体构造 138

第三节 民法系统论思维“要件—效力”模型的意义、特征及其  
功能 139

一、民法“要件—效力”思维模型的意义 139

二、民法“要件—效力”思维模型的特征 140

三、民法“要件—效力”思维模型的功能 142

(一)稳定功能 142

(二)预见功能 142

(三)减负功能 143

第四节 民法系统论思维“要件—效力”模型的具体应用 144

一、民法“要件—效力”思维与请求权 144

二、基于合同上的请求权 144

(一)财产移转型合同 145

(二)劳务提供型合同 146

(三)小结 147

三、基于物权的请求权 147

(一)概述 147

(二)基于所有权的交付请求权 147

四、基于无因管理的请求权 148

五、基于不当得利的请求权 149

六、基于侵权行为的请求权 149

七、小结 150