



西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

私法文化与 民法典编纂

李少伟 赵俊劳★主编

★ Culture of Civil Law and Compilation of Civil Law Code ★

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

NW



西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

私法文化与民法典编纂

★ Culture of Civil Law and Compilation of Civil Law Code ★

李少伟 赵俊劳*主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法文化与民法典编纂 / 李少伟, 赵俊劳主编.

--北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1494 - 9

I. ①私… II. ①李…②赵… III. ①私法—研究—
中国②民法—法典—研究—中国 IV. ①D90②D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 253814 号

私法文化与民法典编纂
SIFA WENHUA YU MINFADIAN BIANZUAN

李少伟 赵俊劳 主编

责任编辑 陈 慧
装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 A5
印张 11.125
字数 296 千
版本 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1494 - 9

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

西北民商法学术文库编辑委员会

编委会主任:李少伟

编委会副主任:高在敏 赵旭东

编委会执行主任:程淑娟

编委会成员(以姓氏笔画为序):

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔

赵旭东 赵林青 高在敏 董少谋

韩 松 程淑娟

“西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。

西北政法大学民商法学院是以从事民法学、商法学、民事诉讼法教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生近 2000 名。学院师资力量雄厚,50 多名专任教师中三分之二以上具有高级职称,具有博士学位和在读博士的教师 20 多名,有 13 名教师分别在中国法学会各专门研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女/性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学研究机构,设有私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所和律师制度与执业规则研究中心、仲裁制度与实务研究咨询中心等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、

多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家庭制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金研究项目9项,项目内容涉及集体所有权法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。学院还承担有省、部级研究项目30余项。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院以专著形式形成的科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为省部级及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本文库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本文库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会
2010年9月

序 言

西北政法大学私法文化与法典化研究所已出版两部文集：一是2013年11月出版的《私法文化与人本价值》；二是2015年11月出版的《私法文化与民商事立法》。《私法文化与民法典编纂》是研究所的第三部文集，所呈现的是研究所的新近研究成果。

《中华人民共和国民法总则》已经制定颁布，迈出了我国民法典编纂的实质性一步。按照立法规划，各分编的编纂工作要在2020年完成，这就意味着相应的理论研究工作还需要进一步持续进行，以便为整部民法典的编纂提供理论支持。

前两部文集主要收录的是本研究所关于私法文化方面的研究成果，本部文集是在私法文化价值取向的指引和语境下，对我国民法典编纂的有关问题的研究成果。其中涉及民法典的立法模式、民事主体制度、商事制度与民事制度的关系及民商立法体制、民法典中亲属身份和婚姻家庭制度等问题。这些问题均是民法典编纂中必须解决与不可避免的问题，希望我们的研究成果对相关问题的解决有所助益。

李少伟

2017年7月30日于古都西安

目 录

立法模式与主体制度

概念法学与潘德克顿立法模式在我国民法典编纂中的运用	李少伟 / 3
---------------------------	---------

论民法上的人、人格与权利能力

——关于民事主体制度的几个基本概念之分析	赵俊劳 / 24
----------------------	----------

民法文化视野下我国失踪人制度的重构

——关于我国现行法相关规定的检讨	赵俊劳 / 46
------------------	----------

社会变迁与民法典之未成年人监护立法

完善我国成年人监护制度的立法构想	万 璐 / 93
------------------	----------

民事制度与商事制度

类型化商行为在民法典中的实现

——实质商法的探索	程淑娟 / 109
-----------	-----------

“和而不同”：民法与商法关系解读

王延川	毛珊珊 / 126
-----	-----------

论商事制度在《民法总则》中全面体现之不可能

及解决路径	杨汝轩 / 138
-------	-----------

“异化的信用保险”

——信用违约掉期监管路径的选择	马 宁 / 150
-----------------	-----------

股东会决议法律行为说之检视

王延川 / 174

2 目 录

我国民商事立法体制研究

- 以民事主体和商事主体之比较为视角 王敏莉 / 190

身份权与婚姻家庭制度

- 论民法典体系下亲属身份权的法律保护 车 辉 / 205

民法典编纂视域下婚姻家庭法的定位

- 以《婚姻法》司法解释(三)和《民法总则》
为切入点 张 伟 / 219

论近亲属抚慰金请求权的司法实践与理论反思

- 以百余份判决书为实证分析对象 谢 晓 / 239

其他民事法律制度

- 人格权类型化与我国人格权制度独立成编问题的思考 肖新喜 / 269

- 合同法上信赖利益损害赔偿辩疑 马治选 / 286

刍议《执行异议和复议案件规定》第十条对公证强制

- 执行制度的影响 付颖哲 / 303

混合共同担保之内部追偿权问题探析

- 以三个法律条文分析为切入点 王平利 / 319

论农村集体经济组织法人化后破产法律风险之防范

- 兼论农村集体土地三权分置之规制 杨录海 / 337

立法模式与主体制度

概念法学与潘德克顿立法模式 在我国民法典编纂中的运用

李少伟*

围绕我国民法典的编纂,所涉及的问题颇多,既有价值取向层面的,也有立法技术层面的,还有具体的制度规则设计层面的。本文所要尝试性探讨的问题是,我国民法典的编纂与大陆法系,尤其是其中的德国法系所奉行的概念法学与潘德克顿立法模式的关系,即对于概念法学与潘德克顿模式是拒斥还是接受?本文的基本观点是,我国民法典编纂应以概念法学为理论支撑,在立法技术上采取潘德克顿立法模式。

一、理论支撑:概念法学

(一)概念法学之概念分析

概念法学(Begriffs)是19世纪盛行于西方的一种法学思潮,其既是一种法学思潮,同时也是一种法学方法。作为一种思潮,它对其所盛行的那个时代的立法产生了巨大的和决定性的影响。我们甚至可以说,如果没有概念法学的兴起和完善,《德国民法典》能否制定出来也许是一个问题,至少可以肯定不会是现在这个样子。概念法学的理论来源于两个方面:首先是在法国为了制定民法典而兴起的注释法学派;其次则是德国的潘德克顿法学派。

概念法学的主要特点,具体表现在以下几个方面:其一,对概念

* 李少伟,西北政法大学民商法学院院长、教授。

的分析和阐述非常完善;其二,注重构造法律的结构体系;其三,以罗马法的《学说汇纂》为其理论体系和概念术语的历史基础;其四,在一定程度上具有脱离现实、从概念到概念、从条文到条文的倾向。^[1]

概念是不是一种实在的表述,法律规则或概念本身是否具有实在性问题,已经成为现代法学所争论的焦点问题之一。但是,“科学的研究离不开概念的运用,没有概念对事物的抽象描述,就无法确立起理论分析的基本框架。”^[2]因此,在对待概念法学的态度上,作为更具有大陆法系传统的我国,不可以走向另一极端,应吸收其科学和合理的成分,克服从前立法上宜粗不宜细的大而化之的做法。在我国民法典的制定过程中,这一点显得极为重要。

(二)概念法学的特点

综观学术界对概念法学的研究,概念法学的特点表现在以下几个方面:

1. 从认识论的视角来看,概念法学体现了对人类理性能力的自信。这是欧洲大陆法系各国立法的明显特点。按照韦伯所言,欧洲的法律具备形式理性的特点,“法律的这种形式理性,使道德与法律、伦理的说教与法律的命令区分开来,它能保证个人和团体在相对宽泛的自由制度里活动,并使之可预料自己行为的法律后果。”^[3]法典化的内在逻辑显示了人们对把握世界、认识社会能力的自信,正因如此,法学家才不遗余力地构建尽可能完美的法典,企图一劳永逸地解决社会生活中遇到的问题。他们发自内心地认为,这并非是不可完成的,经过努力,完全可以制定出优良的法典。拿破仑当年在见到有人对其民法典加以解释的时候很生气,因为,当初他对民法典的确倾

[1] 参见何勤华:《西方法学流派撮要》,中国政法大学出版社2003年版,第35~37页。转引自程琥:《历史法学》,法律出版社2005年版,第63页。

[2] 胡玉鸿:《法学方法论导论》(第一卷),山东人民出版社2002年版,第40~41页。

[3] [德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版。

注了极大的心力,其愿望就是制定出一个无须作任何变动而直接可以适用的法典。而且,拿破仑设想,他的法典“将是永存的。”持有这种信念的不独拿破仑一个,德国的法学家费尽心思地构建了一个精致的具有很高的立法技术的民法典,其内在的动机,仍然体现了一种对人类认识能力的肯定。但是,如果我们把眼光移向英美法系,情形却正好相反。英美法条的哲学传统与大陆不同,大陆法条是理性主义哲学的舞台,而英美法系国家长期以来则是经验主义占据中心地位。两种不同的哲学特质,明显地影响到了各自国家的法律文化。英美法条的哲学传统是经验主义的,在这种哲学思想影响下,英美人必然会放弃编纂法典的努力,而把具体案件的判决权更多地交给法官。正如达维都德利菲尔德所言:“科学仅仅是对事实的整理和分类,具体案件的实际判决就是事实,它们只有在进入存在后才能被观察和分类,例如在判决作出后这样做。因此要求法律科学为未来制定规则,在逻辑上是不可能的。换言之,法学家和法典编纂者不能对未知世界的人类行为进行分类并继而就它们制定法律,正犹如博物学家不能对未知世界的人类行为进行分类一样。”〔4〕

2. 概念法学非常认可法律体系的逻辑自足性。认为面对一个制定的优良的法典,只要是现实中发生的案件,总能从法典当中找到适用于该案件的裁判依据。所谓法律的漏洞,要么是不存在的,要么在立法之初就已经通过技术手段早已解决了。我们所需要作的只是发现而非创造,如果现实中出现了法律上没有涉及的案件,那只能说明我们未能发现法典中隐含的条款,而不能证明法典本身存在漏洞。通过法的解释、法律原则等技术性措施,完全可以有把握地说,没有什么疑难案件和法律上的“飞地”。概念法学的这个特点可以说是和前一特点一脉相承的,或者说是前一特点的必然结论。因为,如果我们相信人的认识能力,相信人对未来世界变化的预测能力,我们就会

〔4〕 转引自封丽霞:《法典编纂——一个比较法的视角》,清华大学出版社2002年版,第205页。

对我们通过自身的努力,以法典的形式对未来作出安排充满信心,这看起来是顺理成章的。概念法学相信演绎法在法典编纂方面是不可缺少的逻辑工具,而且是一个不错的工具。

概念法学认为,法律科学的功能主要在于界定法律概念的含义,对法律概念进行精深地研究,就能获得全面的法律。同时,“概念研究”还可以有效地解释法律规则,并为补充现行规则的不足提供坚实的基础,也就是说,“概念研究”的方法不仅可以解释法律规则,而且还能帮助人们获得新的法律规则。概念法学认为精深地界定各种概念,并将它们组织成一个连贯的逻辑体系是法律科学的研究对象和终极目的。正如卡尔·拉伦茨在其名著《法学方法论》中说道:“借着将抽象程度较低的概念涵摄于‘较高等’之下,最后可以将大量的法律素材归结到少数‘最高的’概念之上。此种体系不仅可以保障最大可能的概观性,同时也可保障法安定性,因为设使这种体系是‘完整的’,则于体系范畴内,法律问题仅借逻辑的思考操作即可解决。”〔5〕

3. 在法的解释问题上,概念法学注重逻辑操作。由于概念法学相信法学家构建法典的能力,因此,法典一般被认为是预先已经设计好了的人们所需要的规则,即使这种规则不那么明显,那也是可以通过解释来实现的。所以,在法的解释问题上,概念法学注重逻辑的操作,强调通过法典本身的文意来作出适当的理解。同时,概念法学还对体系解释的方法情有独钟,因为在概念法学看来,法典本来就不是一堆杂乱无章的规则组合,而是一个体系化的、结构上错落有致的规则大厦。每一个法律文句,都紧密地交织在特定法典体系中,真正了解它们的通路只能在瞻前顾后、不断章取义的前提下才有可能。因此,对于任何一个具体制度的理解,必须将其放置在整个规则大厦中才能得其真意,任何一条规则的理解,如果脱离了法典整体,则对其

〔5〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第317页。

解释必然会走偏。

4. 法官应严格遵照三段论逻辑作出判决。对一个案件作出判决概念法学认为在法律所设定的范围之内,法官应当按照给定的法条,严格遵照三段论逻辑对一个案件作出判决,即使遇到疑惑,也应当在探求立法者真意的基础上作出恰当的解释,而不应当脱离法律自行其是作出自己的理解。

(三)中国民法典的制定与概念法学

非常显然的是,概念法学有其深刻的道理,但是也不是完美无缺的。在利益法学和各种流派的现实主义法学看来,概念法学是“虚幻而不切实际”的,如果严格按照概念法学的思路,人们将会陷入一个“概念的牢笼”。文字和概念不过是必要的表述工具而已,唯有人为的观察角度才是意义的来源。成文法的不完美、法律漏洞的不可避免,还有法律和政治的密切关系,都印证了法律不是存在于逻辑概念,而是人为价值的表现。法官是具体的活生生的人而不是机器,要求法官在判案时面对现实中发生的案例,忘掉自己的个人喜好而冷冰冰的生产司法判决,实际上是一种不切实际的要求。

那么,围绕我国民法典的制定,面对概念法学及其各种反对的观点应当作何取舍呢?这一问题的讨论有其不容回避的紧迫性。本文认为,概念法学也罢,作为其对立面的现实主义法学、社会学法学、利益法学也罢,能在法学发展的历史长河中留下踪迹,这本身就证明了其所具有的理论价值。因此,对任何一种法学思想的简单排斥都是极为不明智的。也许没有什么绝对的对和错,而是一个适合的问题。因此,现在的问题便成为:在我国民法典的制定中,我们更应当看重概念法学还是其对立面?本文的基本观点是:概念法学虽然在西方遭到了一些学者的批评,但是对于我国而言,则是制定民法典的过程中所必须给予足够重视的。这样说是基于以下几个理由:

1. 民法法典化需要概念法学的支撑。既然我们需要一部民法典,而民法典就是一个规则体系,因此自然需要格外重视体系化法典

的理论基础,而这个理论基础正是概念法学。概念法学是支撑大陆法系成文法传统的主要思想基础之一,具有不可替代的地位,法德民法典就是这种思想的结晶,并且概念法学在现代大陆法系国家仍然发挥着作用。批判概念法学的法学流派也只能在部分领域取代概念法学的作用,假如从大陆法系的传统中完全抽出概念法学的因素,势必留下无法填补的空缺。只要有语言文字的表达,只要需要制定和使用规则,只要想向公众表达意图,严格准确的概念阐释就是必不可少的。有的人指责概念法学是一种学究气过于浓厚的法学思潮和法律方法,这一指责其实并不能构成对概念法学的有力冲击。因为,一部法典,究竟是学究气浓厚一点好还是稀少一点好,实在没有统一的标准。同样是西方法律发展史上的经典,法国民法典就不如德国民法典学究气浓厚,德国民法典经常被别人耻笑为刻板、教条和脱离实际,但是德国民法赢得的声誉却是有目共睹的。因此,学究气的问题也许是一个见仁见智的问题,但是有一点是毋庸置疑的,那就是所有的法典都是体系化的产物,中国需要民法典,就不能拒斥概念法学。

2. 大陆法系的法学传统需要我们重视概念法学。我国自从清末变法修律以来,一直更多的是受到大陆法系的影响,这样的一种历史上的既成事实,无疑使我们吸收大陆法系的法律传统更加具有亲和力,从学术界的接受程度上,显然也要更加方便一些。

从我国现实的民事立法过程中所反映出的问题来看,我们对于概念法学所推崇的方法论的重视不是过头了,而是远远不够。现有法条之间相互冲突,规则之间在逻辑上、适用的精神理念上的不统一并不少见。改革开放过程中为了应付现实中的急用而造成了许多“小法律、大解释”的现象,所有这一切,都是法学研究不成熟的表现。因此,在我国传统的成文法的基础上,学习和借鉴发达国家的法律制度和理念,就需要十分重视概念法学及其所推崇的法学方法论,这对于我国民事法律的完善意义重大。

3. 我国不适合授予法官更多的自由裁量权。法官的自由裁量权的享有,不仅仅是一个法律文化传统问题,实际上它和法官的职业道