

卢 鹏 著

拟制问题研究

卢 鹏 著

拟制问题研究

 上海人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

拟制问题研究/卢鹏著. —上海: 上海人民出版社,
2009

ISBN 978 - 7 - 208 - 08678 - 4

I. 拟... II. 卢... III. 法学—理论研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 113439 号

责任编辑 罗 湘

封面装帧 王小阳

拟制问题研究

卢 鹏 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 20.25 插页 3 字数 267,000

2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 08678 - 4/D · 1570

定价 35.00 元

“龙眼”^①的下落

剥开桂圆

见一颗晶莹的龙眼
它曾在战略家的龙头镶嵌

它以战略眼光看待一切
懂得有所不为才能有所为

为了磨砺眼锋
就使眼锋服从爪牙
为了驾驭眼光
就令眼光归属肠胃
为了射出电光
就用硝化甘油浸泡双眼
为了喷出烈焰
就用汽油浇灌心田

终于有一天
霹雳的眼电击碎对手的盾牌
犀利的眼锋刺穿敌人的心肺
冲天的火光震撼苍穹
而烈火中
那龙眼
裹着它烧焦的外壳
滚落到了人间

作者：秦瑞

① 作者注：桂圆，也叫龙眼，以其形似；又叫荔枝奴，因其树似荔枝而微小，其肉似荔枝而微薄，其成熟亦常随荔枝之后。2003年7月，朋友从南方带来几簇，大如鸡卵，新鲜肥美，啖数十颗，得此诗。

序 一

《拟制问题研究》这本学术专著是卢鹏博士在原有博士论文基础上经过多年的继续努力而完成的。如果从他的博士论文 1999 年开题那个时候算起,至今已整整十个年头,可说得上是十年磨一剑了。他取得博士学位毕业以后,对论文做了许多后续性工作。他边教学边研究,勤于思考、勇于探索,用心执着,继续搜集资料,思考分析,形成观点,反复推敲,把原有成果大大提高了一步,在拟制问题研究方面形成了自己的体系。它主要由三部分构成,即拟制概念论、拟制功能论和拟制思维论,着重从法学和政治学交叉学科角度研究和探索了三个问题:第一,将纯属法律学的“拟制”概念引入政治学领域,明确提出了政治拟制的概念。法律拟制原指法律上不容反驳和推翻的合法假定。本书作者从所谓“更广的”意义上,即“源自开端性本质的广度”上^①,阐述了政治理念、政治规范、政治合法性等领域的拟制问题。第二,揭示了拟制的三个基本功能:即政治学意义上的定夺功能、历史学意义上的制度发展功能和修辞学意义上的制度解释功能。第三,探讨了法学中不同于形式逻辑思维的另一种独特思维——拟制思维(诗性思维),强调了诗性逻辑在法律、政治等人文学科领域中的重要地位。

在法律和政治过程中,那些在缺乏事实或无法确定事实时所“创造”的事实,例如拟制血亲、选举结果等,是一种与客观事实分离的主观事实,具有不受原因事实约束的特点,即在真正的事实出现或被查明后,也不能被辩驳和推翻,拟制的这种决断性,在秩序建设上的价值

^① 海德格尔说:“‘更广的’在这里并不意味着单单把同一个意义扩展到某个还更广泛的适用范围。‘更广的’表示:从那个源自开端性本质的广度而来。”见[德]海德格尔著:《在通向语言的途中》,孙周兴译,商务印书馆 1997 年版,第 82 页。

是不可替代的。

拟制是“意志的主观性”的体现,它着眼于“所说”,不拘于“所指”,带有概念法学的意味;拟制是一种不可辩驳的虚构,它着眼于价值需要,不拘于事实,具有自然法学的意味;拟制是一种不可辩驳的假定,它着眼于社会需要,不拘于逻辑,又有法社会学的意味。

作为一种诗性的创造,拟制并不逊色于小说家的虚构。缺乏诗性的想象,就很难拟制出像法人、知识产权等这样的“作品”。拟制是自由的,就像航海家在广袤无垠的大海上,但必须接受“航海目的”的指导。从形式上看,拟制似乎是不受任何束缚的:拟制不受法律的束缚,拟制不受逻辑的束缚,拟制甚至不受事实条件的束缚。然而,拟制却又不是海上自由漂流的浮木,它不像思想自由——除了大脑生理结构之外,意识不受任何羁縻,也不是“丛林”自由——除了生存利益之外,行为不受任何管束;拟制是自由的,但必须经受良知的约束。王阳明诗云:“乾坤由我在,安用他求为? 千圣皆过影,良知乃吾师。”^①

在这本专著中,卢鹏博士从法律拟制到政治拟制作了一系列的解读和探讨,读后使人饶有兴趣,有些问题是很值得继续深入研究的。

我作为卢鹏博士论文的指导老师,在他这本论著即将公开出版之际,邀我为他写个序,我当然非常高兴和乐意做这件事,因此作了以上的一些介绍。至于这本著作的学术价值和意义,学术界和广大读者自然会进行评判。

是为序。

曹沛霖

2009年2月20日

^① [明]王守仁撰:《王阳明全集》卷二十《长生》,世纪出版集团、上海古籍出版社1992年版,第796页。

序 二

卢鹏博士是我的同事、也是好朋友,《拟制问题研究》是他博士论文《从法律拟制到政治拟制》的进一步的研究。作为该博士论文的评阅人,我曾认真阅读了该论文。我认为,从内容上看,《拟制问题研究》是至今为止我国在该领域最有创建最为深入的探索之一,关于这一点,我相信读者很快就会自己得出结论;但在这里,我主要想谈一谈该研究在语言风格上的出色亮点。

法学作为一门人文学科,与文学并不是对立的,文学不仅是一门独立的的目的性学科,也应是一门基础性的工具学科,任何好的人文作品,无论是哲学的、历史学的、政治学还是法学的,都应同时也是文学作品。

本书是一部纯粹的法学学术著作,但在表现形式上却时时流露出文学的韵味,处处不乏尼采式的警言妙语。例如,在谈到“法律艺术”的学习方法时,作者说:“把法律作为一门科学去研究,需要观察力和理解力,但把法律作为一门艺术去体会,还需要想象力和感悟力。龚自珍夜不能寐,闻茶沸之声,披衣起,见菊影在扉,顿悟‘法华’三昧。这是想象力的自由飞扬,也是感悟力的通透灵动,宛如风中飘扬的柳絮,仿佛水上滑行的笛音。”又如,在谈到对“拟制品”的解构时,作者说:“张爱玲在《更衣记》中说:‘我们各人住在各人的衣服里’。这是往小里说,若往大里说,我们都住在一定的制度里、法律里。在制度这所房子或衣服里,人们的自由是有限的,法律自由是法律下的自由,良心自由是良心上的自由,这是美猴王与紧箍咒的关系,也是齐天大圣与如来手掌的关系。比如建造一所房屋,在建造的过程中,建设者是自由的,一旦建成,住进屋内,建设者就失去了自由。若要改建,就须走出屋外。施密特所区分的宪法前的人民、宪法旁的人民、宪法中的人

民,就有这个道理。”此类珠玑文句在本书中俯拾皆是。这种文学笔法与近代以来西方学术作品的几何学笔法大异其趣,在中国传统人文作品中,无论在《史记》、《资治通鉴》这样的历史作品中,还是在《庄子》、《韩非子》这样的哲学、政治学作品中,都能够广泛地看到。林云铭评庄子《逍遥游》云:“篇中忽而叙事,忽而引证,忽而譬喻,忽而议论;以为断而非断,以为续而非续,以为复而非复。只见云气空蒙,往返纸上,顷刻之间,顿成异观。”在这样的作品中,作者的思维仿佛不是像蛇一样地蜿蜒爬行,而是像袋鼠似地纵情跳跃,不仅像溪水似地汨汨流淌,更像风一般地自由飞扬,它不仅以逻辑力,还以修辞力来达到论说的目的。可惜,学术界的这种文笔,现在越来越不多见了。

在人文学科中,有些学术作品长于提供卓见,能够迅速产生实际的功用;有些学术作品善于发现知识,能够有力促进社会的进步;而还有些学术作品,不仅能提供实际的见识,也能启发灵感、启迪智慧。这种学术作品的文学笔法,虽异于小说诗歌,但同样强调比喻、类比等艺术手法的运用,追求作品的启迪性和创造性。本书作者在严谨的逻辑论证的同时,还注重运用文学笔法阐释法学问题,这在科学主义时代,无疑是一有胆识的尝试。我赞赏这种尝试。

同济大学中德学院法学教席 王维达

2009年3月16日

目 录

序一	1
序二	1
第一部分 拟制概念论	1
第一章 梅因法律拟制三笺	3
第二章 拟制的概念	18
第三章 拟制与推定	58
第四章 政治拟制	99
第二部分 拟制功能论	127
第五章 拟制的决断功能	129
第六章 拟制的制度发展与解释功能	155
第三部分 拟制思维论	171
第七章 大智与巧智	173
第八章 法的诗性	206
第九章 “活泼泼”的言说	246
尾声：观水	273
附录一 辞典中相关词条选摘	283
附录二 法典中相关规定选录	295
后记	304
谢词	312

第一部分 拟制概念论

拟制是西方法律学中一个具有神奇色彩的概念,这不仅因为它思维上的非逻辑性,还因为它内容上的虚假性。在崇尚逻辑和真实的西方法律文化中,这的确够神奇的。拟制,不仅在认识上被视为是“真”的,从而对解释问题有所助益,而且在实践上被当作是“真”的,进而对解决问题有所帮助。拟制是一种富有诗意的模拟性决断或决断性虚构,拟制的这一目的论属性,是社会秩序的内在要求。

第一章 梅因法律拟制三笺

“假如我们多关注词的字面意义,那么,即使一个早已变为陈词滥调的隐喻,还是会对我们有不少教益的。”^①

——卢瑟·沃克

1. 法律学界对拟制有很深的成见。英国法学家布莱克斯通在谈到权利救济中的拟制时说:“如此笨拙的障眼戏法、淫巧末技和荒诞逻辑,却是我们的祖先所不得不借重的……现在我们只应该欢送而不是羡慕这种方法。”^②英国激进法学家边沁(Bentham)尖刻地批评说:在英国法律各个领域弥漫着“拟制的瘟疫气息”,“在英国法中,拟制是一种梅毒,它蔓延于法律的每一个脉管,渗透到法律腐臭原则体系的每一个部分”,“拟制是为了实现正义?简直是商业上的诈骗”,“是最有害最低级的谎言”,“拟制为那些道德上的邪恶原则的发明者和首次使用者提供假定的和最后的证据”,“拟制的使用效果从来都是恶劣的”。^③即便是温和的法学家德林(Derlin)也告诫说:“法律拟制是危险的,因其有一种扩张的倾向。”^④法律学界对拟制的歧视,由此可见一斑。

2. 在对法律拟制的诸多认识和评价中,英国法学家梅因的观

① See Ruth Walker, The Melting-Pot Metaphor, The world of English(英语世界)2009-2, 商务印书馆。原文是:“If we pay attention to literal meaning, even a metaphor long since morphed into cliché may still have lessons for us.”姚乃强译。

② See Lon L. Fuller, Legal Fictions, Stanford University Press, 1967, p. 3.

③ See Lon L. Fuller, Legal Fictions, Stanford University Press, 1967, p. 2—3.

④ See Patrick Derlin, The Judge, 1979, p. 162. 转引自 Bryan A. Garner, A dictionary of Modern Legal Usage, “legal fiction” 词条, Second Edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS(1995)。

点是最值得重视的。梅因通过对“隐藏拟制概念的最初隐喻”^①的追究和对拟制现象的历史考察,一方面充分肯定了拟制的历史功绩,使人们关于法律拟制的认识上升到一个新的高度,但另一方面又否定了拟制的现实价值;梅因一方面认为拟制作为一种善意的虚构,不仅是法律实现层面的一种灵活性机制,还是法律发展层面的一种适应性机制,不仅是法律与社会需要之间的一种平衡技术,还是法律的一种解释方法,但另一方面又认为法律拟制是粗糙的、非逻辑的,是原始思维的反映,是历史的陈迹或遗俗。对于法律拟制来讲,可以说“成也梅因,败也梅因”。因此,研究拟制问题是不能绕开梅因的。

下面就对梅因的法律拟制概念做三点笺注:

笺 一

3. 梅因说:“我在使用‘拟制’这个字时,其含义比英国法学家习用的意义要广泛一些,比罗马的‘拟制’(fictiones)则要广泛得多。‘拟制’(fictio)在旧罗马法中,恰当地讲,是一个辩诉的名词,表示原告一方的虚伪证言是不准被告反驳的;例如原告实际上是一个外国人而提出他是一个罗马公民的证言是。这种‘拟制’的目的,当然是为了给予审判权,因此,他们与英国王座法院和理财法院命令状中的断言非常相似,这些法院就是通过这些断言来侵占高等民事法院的审判权的:断言被告已为国王执行官所拘留,或是断言原告是国王的债务人,并且由于被告的拖欠而使债务不能清偿。但我现在使用‘法律拟制’这一用语,是要用以表示掩盖或目的在掩盖事实的任何假定,即掩盖一条法律规定已经发生变化,其法律的文字并没有改变,但其运用则已经发

① 梅因说:“在研究一个来源如此古远、历史如此悠久的用语上,如果可能,最妥当的办法是深追最初隐藏这概念的简单隐喻或比喻。”见[英]梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第33—34页。

生了变化这一事实的任何假定。因此,这个用语包括了上面我从英国法和罗马法中所引证的拟制的实例,但是它们所包括的范围还要广泛得多,因为我认为英国的‘判例法’和罗马的‘法律解答’(Responso Prudentium)都是以拟制为其基础的。”^①

原文是:“I employ the word ‘fiction’ in a sense considerably wider than that in which English lawyer are accustomed to use it, and with a meaning much more extensive than that which belonged to the Roman

① 参见[英]梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第15—16页。此段译文,本文作者在沈译的基础上根据英文原文有所改译。其中“allegation”“usurp”“Common Pleas”三个词的改译理由如下:“allegation”一词,沈景一先生译作“主张”,这里改译作“断言”。allegation是英国法的专门术语,表示:“1. (诉讼一方对提不出证明的事项所作的)声明,事实陈述,断言;声称;2. 辩解;引证;3. 检控。”见《英汉法律词典》“allegation”词条,法律出版社1985年版。另外,《牛津法律大辞典》将allegation解释为:1. “事实陈述:一般指诉辩状或证词中的任何关于事实的陈述”;2. “教会法上的抗辩:在教会法中,指在作为初始辩诉的原告人诉状之后的任何抗辩,可区分为应答抗辩、反对抗辩和例外抗辩。”见《牛津法律大辞典》“allegation”词条,光明日报出版社1988年版;另可参见《牛津法律大辞典》“allegation”词条,法律出版社2003年版。我认为,梅因使用allegation这一术语,意在与罗马公民的“证言”(averment)相类比,强调某种事实陈述是不容反驳的,所以,译作“断言”更符合作者的原意。“usurp”一词有篡夺、霸占、侵占的意思,沈景一先生译作“剥夺”,这里改译作“侵占”。梅因这里强调的是王后座法院和理财法院通过某种不容辩驳的事实陈述,即断言,来扩大自己的司法管辖权,而“剥夺”一词不能完全体现出这层意思。“Common Pleas”一词,沈景一先生译作“普通诉讼”,根据上下文,这里应理解为“Court of Common Pleas”,故改译为“高等民事法院”。《牛津法律大辞典》在对该词条的解释中说,“直至13世纪,英格兰有两种法院,一种随国王流动,对刑事诉讼和民事诉讼具有管辖权;另一种是固定在某一地点,后来通常设在威斯敏斯特,负责审理民事诉讼。这些法院的活动自1223年起分别记录在御绳卷宗和法院卷宗上。《大宪章》第17条规定,高等民事法院不应随国王流动,而应被设在一特定地点。1272年,一独立的高等民事法院首席法官被任命。但是高等民事法院的级别低于国王的法院即王座法院,因为王座法院负责处理高等民事法院的错误。高等民事法院受理英格兰臣民间的民事诉讼。在该法院可以提起全部的物权诉讼以及旧时关于债务、返还原物、账目和契约违反等的对人诉讼。这使它垄断了中世纪时期的重要职能。尽管不是最高的普通法法院,但它在当时最为活跃。它对地方法院和采邑法院行使监督权,但是其判决由王座法院复核。高等民事法院对物权诉讼的排他性管辖权一直持续到19世纪,但是大部分旧时诉讼方式在很早之前就已取消,而且王座法院和理财法院通过法律上的拟制,以及由于收回不动产诉讼……侵夺了高等民事法院的管辖权。”见《牛津法律大辞典》“Common Pleas”词条,光明日报出版社1988年版;另可参见《牛津法律大辞典》“Common Pleas”词条,法律出版社2003年版。

‘fictiones.’ Fictio, in old Roman law, is properly a term of pleading, and signifies a false averment on the part of the plaintiff which the defendant was not allowed to traverse; such, for example, as an averment that the plaintiff was a Roman citizen, when in truth he was a foreigner. The object of these ‘fictiones’ was, of course, to give jurisdiction, and they therefore strongly resembled the allegations in the writs of the English Queen’s Bench, and Exchequer, by which those Courts contrived to usurp the jurisdiction of the Common Pleas: — the allegation that the defendant was in custody of the king’s marshal, or that the plaintiff was the king’s debtor, and could not pay his debt by reason of the defendant’s default. But I now employ the expression ‘Legal Fiction’ to signify any assumption which conceals, or affects to conceal, the fact that a rule of law has undergone alteration, its letter remaining unchanged, its operation being modified. The words, therefore, include the instances of fictions which I have cited from the English and Roman law, but they embrace much more, for I should speak both of the English Case-law and of the Roman Responsa Prudentium as resting on fictions.”^①

以上引语是梅因关于法律拟制的一段经典表述,它包含三层意思:

4. 第一层意思是古罗马法上的拟制。

在古罗马法中,拟制是指通过虚构事实以达到某种法律目的的司法措施或决断性证明方法,用梅因的话说,是一个“辩诉的名词”。根据《罗马法词典》的解释,法律拟制(fictio iuris)是“为使法律规定的诉权能够适应对新产生的社会关系的调整,在诉讼中将某些新的要素虚拟为法律规定的要素,从而使某些本不具有诉权的主体能够

① See Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, chapter 2, Geoffrey Cumberlege Oxford University Press, London, New York, Toronto, 1954.

通过扩用诉讼得到司法救济”。罗马法上最典型的拟制就是梅因所提到的“市民籍拟制”的例子。根据《罗马法词典》的解释,市民籍拟制(fictio civitatis)是指“在程式诉讼中采用的一种旨在维护异邦人权益的措施。即虚拟某异邦人具有罗马市民籍,从而允许他像罗马市民一样参加司法诉讼”^①。在早期,罗马市民法只适用于罗马公民,而不适用于异邦人——这种情况在公元 212 年罗马皇帝卡拉卡拉(Caracalla)颁布安东尼尼安宪令(Constitutio Antoniniana)赋予异邦人以罗马公民资格之后才改变——异邦人不具有市民法上的特权,只具有万民法上的权利。^②对异邦人的歧视,阻碍了罗马人与异邦人之间的民商事交流,也不利于整个社会的发展。如何才能在原来的法律不改变的前提下使异邦人的权利也能得到保障呢?法律拟制应运而生了。在诉讼中,原告人即便事实上是一个异邦人,但仍假称自己是罗马公民,裁判官在法律上也将其“视为”罗马公民,而且这一点不容被告辩驳。通过这种拟制,使罗马人与异邦人的社会交往得到法律上一体的保障,法律在形式上并未改变,但在效果上却奇妙地适应了新的情况。

值得一提的是,中国古代也有相似的情况。据《礼记·檀弓》载:公叔禺人与邻童汪錡两人为国捐躯,按照礼的规定,汪錡还是儿童,属于夭折(殇),不能享用成人的丧礼,但鲁国人为了表示对儿童汪錡的崇敬之情,不愿只用殇礼为汪錡治丧,就去请教仲尼。仲尼曰:“能执干戈,以卫社稷,虽欲勿殇也,不亦可乎?”^③

古罗马“市民籍拟制”是将异邦人“按”罗马人“对待”,或将异邦人“视为”罗马人,而孔子这里则是将儿童汪錡“按”成年人“对待”,或将儿童汪錡“视为”成年人。这非常类似《中华人民共和国民法通则》第 11 条第 2 款的规定:“十六周岁以上不满十八周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。”

① 见黄风编著:《罗马法词典》“法律拟制”和“市民籍拟制”词条,法律出版社 2002 年版。

② 见[罗马]查士丁尼著:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆 1997 年版,第 7 页。

③ 见陈成国:《礼记校注》,岳麓书社 2004 年版,第 74 页。

在古罗马法中,拟制主要是用来克服法律的呆板性或程式性的一种司法上的权宜措施。^①除了将异邦人拟制为罗马公民(*fictio civitatis*)的情况外,还有诸如,将解放自由人拟制为生来自由人(*fictio ingenuitatis*)、将非自家人拟制为自家人(*fictio suitatis*)、将人格已经减等拟制为人格减等已被撤销(*actio utilis rescissa capitis deminutione*)、将破产财产买受人拟制为破产人(*actio Rutiliana*)等等。^②

5. 第二层意思是英国法上的拟制。

《现代法律习语辞典》对法律拟制的解释就是以梅因的观点为基础的:“对法律专业者而言,拟制‘是要用以表示掩盖或目的在掩盖事实的任何假定,即掩盖一条法律规定已经发生变化,其法律的文字并没有改变,但其运用则已经发生了变化这一事实的任何假定’。……而对非法律专业者来讲,拟制意味着‘超现实的虚构’。在法理学上法律拟制意味着诉讼中不可辩驳的虚构性断言。在英国法律史上法律拟制主要有三个功能。第一,扩大法院管辖权。例如这样的虚构性断言,原告是国王的债务人并且由于被告的拖欠而使原告对国王的债务不能清偿(真正的诉因),这一拟制常常用来赋予财政法院以案件管辖权;或者是这样的虚构性断言,将事实上发生在国外的合同虚构为发生在位于伦敦集市上的王室交易所,这一拟制是使整个商法纳入普通法这一过程的决定性步骤。第二,避免陈旧呆板的诉讼形式。例如拟制租借,收回地产之诉对自由地产持有人的适用,从而排除了旧的诉讼形式。第三,拓宽诉讼救济范围。例如,假言被告已经找到原告的准动产但却拒绝移交,从而使要求赔偿财产被非法占有所受损失的更高级的诉讼救济形式不仅能够取代收回被非法占有的动产的诉讼救济形式,而且可以获得涉及准动产的大多数请求权。……要理解法律拟制就要区分所说与所指:‘精确表达的最佳途径是尽可能地搞清预测和建议、所说和所

① 虽然古罗马法的拟制主要是一种司法中的现象,但也存在立法中的拟制,例如科尔内利法拟制(*fictio legis Corneliae*)。参见本书附录一。

② 参见本书附录一。