

继受法律的理性科学化 ——当代法学家的使命与继受法律的理论化

王洪亮

目前中国正在进行着民法法典化的工作,这不仅是一个民法体系化的问题,而且也是一个具体制度构建的问题。中国民法在根本方面是属于继受法律。在法律继受以及法律演进过程中,当然要考虑到逻辑的、历史的、习惯的等诸多因素,但在法律继受初期,对一个国家的法学理论进行全面继受,逻辑的因素是其中最主要的因素。本文试图从部门法,即民法的角度,来研究当代中国法律继受的问题与对策,并指出当代法学家的任务。

一、法学以及法学家的使命

法学的研究是与人相关的、与周围的人的范畴关联在一起的客体,这个客体的意义不在于作为纯粹的材料,而在于其内涵与表现。研究者要阐释该表现,并加入与其个体不可分的认知行为,即使该表现以前已经在社会内部被广泛地探求了价值观念,他还是赋予其个人的价值判断。如果人们对于一个研究客体,通过有效的方法获得一定的认知,并将该认知整合入一个一体的秩序之中,那么法律就成为了科学。在这个秩序中,涉及的不是各个规定之间是否相互可以推导,而是彼此之间是否一致的问题。可以说,获得认知的方法以及探求在一个秩序中单个法律规则之间的关联是法学家的研究对象。因此,对一个法学领域可能的规则之理解的构建以及对该领域现有规则的分析决定着法学家的科学工作。(1)

在历史上有争议的是,法学家能否成为立法者?虽然萨维尼也强调体系化,但他并不认为存在一个自下而上的概念金字塔,而是认为自由是内在体系的核心,围绕它形成了一个有机的体系。而普赫塔除了认为法律科学是习惯法的体现者,通过法学家的训练将之成为法律意识,而且,法学也是法律的渊源之一,并且是最高的渊源,实证法也要服从于它,只有法学才能揭示法律的真理。法学是内部的权威,而法律只不过是外部的权威,他将概念法学推向了极端,法学是一个自足的封闭金子塔式的体系,在他的体系中,法学家成为了立法者。(2)很多同时代的法学家都批评他的这种法学家的自大,认为,法学家不过是将处于萌芽发展状态的事物加以完善并予以发展。所以,法学家的主要工作是认知与法律的体系化、科学化。

在历史上,有很多法学流派,概念法学、利益法学与自由法学,可以说,概念法学是法律科学化的极端,在概念法学理念下,案例事实是抽象的基本素材,通过法学金字塔以及对最初原始概念的逐步抽象,观念漏洞与规则漏洞得以消除,在这里案例事实包含的价值判断不被顾及,(3)相反,价值法学进行抽象的素材是利益冲突,对于许多利益冲突适用一个统一的命令,该命令通过法律上的事实构成得以建立。(4)自由法学是对法官自由裁量的放任,侧重于法律的漏洞补充,而不是法律规则自身的构建。可以说,自由法学解决的是如何在审判实践中以及在法律科学构造中解决法律漏洞的问题。(5)这些都是法学家对人以及社会的认知,其目标都是如何更好地建立一个统一和谐的法律体系。中国自己的法学流派显然还未形成,但以上述各法学流派的法律体系作为自己学术支撑的事实确是客观存在的。不过,我们的研究尚须系统和深入,寻找中国法律体系的灵魂。为此,我们首先研究萨维尼的自由核心的民法体系及其对我们的启迪。

二、萨维尼以自由为核心的民法体系

法学是法学家对社会现象以及人的行为的认知,以及体系化的思考。那么对《德国民法典》的体系化影响最大的萨维尼又是如何完成这一任务的呢?

(一)萨维尼的内在体系

萨维尼的内在体系并不源自于罗马法,而是源自于康德的自由体系(所谓自由构成了道德上的人[*P e r s o n l i c h k e i t*]的本质),(6)其出发点就是自由的道德原则之建立。人、自由以及意志是贯穿萨

维尼整个体系的规范。对人的规定在于,按照其本质,人内在所固有的进行道德的行为的自由。(7)人作为自由的生物,在道德法则的确定控制下,存在于他的行动的任一方式之中。(8)如果人遵循他的本能,比如自利,(9)或者他将服从道德的法则仅仅作他人决定的、处于必要性的法则来运用的话,那么他就是在不道德地行为。道德行为只存在于义务感为动力(Triebefeder)、以自由同意方式归入意思之中的地方。只有在该义务意义(Pflichtgesinnung)上,人才找到了他的规定性。

那么,法律与按照其规定性自由之人的关系是如何的呢?法律的出发点是对到处都相同的道德尊严以及人的自由的承认。(10)如果要使自由生物相互存在,在发展中相互地促进,并无阻碍,就要承认一个看不见的界限,在此界限范围内,存在体以及每个个体的有效性获得一个安全、自由的空间。那些确定该界限以及自由空间的规则就是法律,就是客观权利。而萨维尼对主观权利的构建是从法律关系出发的,个体意志的独立控制之命令领域(Gebiet)就是法律关系,在此法律关系中,人实施一种力量,我们称之为人的权利,主观意义上的权利。(11)法律关系及其本质,即主观权利,被用来服务于人之安全的、独立的发展。主观权利、权利之力使道德行为成为可能,这就是主观权利的意义。

在萨维尼看来,法律服务于道德(Sittlichkeit),但不是通过执行道德的命令的方式,而是通过保障道德的、单个意思所固有的力量之自由发挥的方式。(12)通过法律规则,单个的意思被赋予一个范围,在此范围中,该意思独立于他人意志,必定具有支配性。(13)法律只能涉及到外在的世界、外在共同生活的范围,并因此涉及的只是人的外在自由,即在许多可考虑到的决定中进行选择的能力之自由。强制道德之事,或者禁止非道德之事,既不是法律力所能及的,也不是其任务。所以对于法律来讲,并不能取决于行为之本能自由。该思想直接与后面要阐述的形式主义的法学方法是密切相关联的。

(二)萨维尼的外在体系

由人的意志之力可能作用的客体出发,萨维尼列举了各种可能的法律关系的类型,意思统治有三个客体,一是人格,一是不自由的物(unfreieNatur),一是自由的人或他人(freieWesenoderfremdePersonen),对自身的权利是人天生的原始权利,而在其他客体上的权利则是取得的权利。在与他人的关系上又有两种,即债权与婚姻,婚姻在康德看来是人与物结合的权利(persnlichdinglichesRecht),但萨维尼对此原则上是反对的。萨维尼认为婚姻法与债权法相邻,并且与之相反,具有特殊性,但并不能进行恰当的系统化。

债权与物权区别的关键点在于,物权客体的非自由之特征,物权是对物的绝对控制,而债权关系则不能被理解为对他人全部整体上的控制,债权关系必须被理解为,另一方的自由不能被毁坏。意思力量向第三人的扩张被萨维尼称为债(Obligation),但这并不意味着对他人整体的控制,而是对他人个别行为的控制。(14)一方面,是债权人的意思使个人自由被扩展,另一方面,是债务人的意思,即履行的必要性以及相应的债权人起诉使其自由被限制。

在债权与物权特征之上,萨维尼又进一步地进行了抽象,二者都是人的力量或自由、超出其自身生命的自然界限的向外扩张,二者构成了财产(Vermogen)的法律概念。(15)此概念的抽象是继承法以及概括性继受的基础。财产对萨维尼来讲是一个人扩张性权力的"整体(Totalität)"。在继承法、概括性继受中,萨维尼完成了权利的完整化,这些权利可以超出个人的生命界限而被延展。这样就最终得出了关于人的私权体系:物权、债权、家庭权以及继承权,在这些权利之前设置了一个包含各部分真正共同点的总则,总则中还包括了一些关于人的规定。萨维尼外在的体系是学说汇纂法学与自然法体系的混合,笼统地讲,学说汇纂法学体系主要体现在债权法与物权法的分立,债权法与物权法的构建是纯粹理性的,即对规则进行规则化,而民法总论中关于人的规定、家庭法与继承法则是自然法的体现。

(三)意思理论在民法体系中的贯穿

如前所述,法律关系的概念构成了萨维尼的思考出发点。他将法律关系标志为独立的个人意思进行独立统治的领域。法律关系又被化解为法律行为理论,法律行为理论涉及的是所谓的法律事实,在这里是人的自由行为,在行为中人进行他的意思、臆断,该行为中的意思被直接地指向法律关系的产生或消除。该事实就是意思表示或者法律行为,它既可以是单方的,也可以是当事人与另一方或多方的意思合致。(16)通过意思表示,人创设了法律关系以及伴随法律关系的主观权利。通过意思表示之力量,个体的意思在其统治领域进行统治。萨维尼将合同理解为一种将多个意思表示合为一个合致的意思表示之约定,通过该合致的意思表示,法律关系被得以确认。(17)多个意思被合成为一个单一的、完整的不可分的意思,这是对合同所有经验式条款的考查后的最高抽象。具体来讲,错误等学说,对于萨维尼来讲是意思是否存在的问题。(动机)错误、欺诈以及强迫只作用于动机,因此意思的存在以及有效性作为独立的事实不会消失,所以意思表示在这种情况下不是无效的。但欺诈、强迫在道德上是可以谴责的,所以是可撤销的,而在内容错误、表示错误上,有效意思表示是不存在的,也不存在一个真正的法律行为,适用的是特殊规则。在这里,萨维尼一直将人

的意志作为体系构建的原则。在物权法上也是如此,占有意思的学说为萨维尼所首创,人按照自己的意志作用于物,同时,物权行为理论的构建也是意思学说的体现。另外,一般债权法也被理解为一种权能,对债务人的意志进行强制,而债权人则被赋予了一个特别的权利以及意志,债处于其意志之中,该意志优先于债务人的意志。这之所以是合理的,是因为其建立在债务人的自由同意的基础之上,所以,真正的债需要法律行为为基础。私法的目的是自由,(18)但自由也是有界限的,法律行为是自由的运用,而侵权则是对自由的滥用。最后,继承法中也贯穿着自由意思的理论,其特性在于,权利还有意思的、人的超出其生命界限被拟制地延伸。

(四)目的方案与法律之独立存在-具体理论的构建技术

对于原则、规则的提炼,要通过与目的分离的形式主义方法。经过高度的抽象化,形式主义化,其背后的交易目的被排除在法律考虑之外,就买卖合同而言,当事人想出于使用还是再出卖的目的,是否获得了利益,在法律上是无须考量的,重要的是双方自由意志关系的形式,所以意志的确定原因是形式化的,这就是所谓的价值无涉(Wertfreiheit,又译“价值中立”)的技术。这不仅适用于主观权利,而且还适用于客观法,客观法律规范只服务于使意志按照自由法则运行成为可能的目的。目的方案使得法律能独立地、不依赖于目的而存在。法律关系按照其法律性质是无目的性的,它支配着自身的、独立于目的世界的存在。

形式主义的典型代表制度是抽象的物权合意,当事人的意思只是指向所有权的移转以及取得:移转人意图将非自由性质的、空间上有限制的物体基于自己的自由给出,取得人意图扩展自己的对该非自由性质的、空间上有限制的物体的自由。伴随所有权移转合意的法律上(如出卖人义务的履行)、经济上或者特别目的,可能是道德的也可能是不道德的,这在法律规则构建上是无关紧要的,(19)但反过来讲,这样的理论抽象制度也未必与道德不符合。对此理论构建,有的德国学者认为,善意取得的规定已经足以保护交易安全利益了,而且抽象原则恰恰导致的是对恶意者的保护。(20)这个认识是错误的,胁迫、欺诈、高利贷、盘剥以及危害债权人等重大瑕疵也会使物权行为无效,并且这些瑕疵只能通过善意取得的途径被克服,而对于诸如内容错误、不合意、形式瑕疵涉及第三人利益程度不是很大,所以只有在违反善良风俗而导致对出卖人的损害的情况下,根据第826条它们才会击穿物权行为。

萨维尼通过自己对人、社会的认知,通过意思因素建立了民法的内在体系与外在体系,并且对各种原则、规则作了最高的抽象,其基本理论为《德国民法典》所接受,例如物权篇的起草人约豪(Johow)遵循的完全是萨维尼的体系。(21)不仅如此,萨维尼还运用了具体规则理论化的、所谓形式主义的技术。可以说,萨维尼是法律科学化的一个集大成者,学说汇纂学的奠基人。但民法体系不是惟一的,其他法学家也可以进行其他的认知以及体系化。但对于继受法国国家来讲,情况又是怎样的呢?我们从萨维尼的体系与理论构建中能有何启迪呢?

三、中国对西方法律的继受与法律体系的建立

中国民法属于继受法,在法律继受类型上相当复杂,时间上跨度近百年,法律来源地域也是相异的,受到了多种外国法的影响。(22)先是对日本、德国法律的继受,之后受到前苏联的影响,近期又受到日本、英美、台湾地区以及香港地区法律的影响,从内容上来讲,基本上是自愿的、立法层面的、官方进行的继受。中国虽然没有一个体系化的民法典,但法律继受已经持续了数十年,法律演进也有二十几年的历史,立法、司法以及学理互相交错,推动继受之法律与中国社会之融合。

那么,首先一个问题是,法律继受是否为一个理论继受的问题,是否要继受理论性较高的《德国民法典》?另一个问题是直接继受他国法律与理论,还是在所有历史优秀法律基础上重塑一个新的体系?

(一)法律继受是一个理论继受问题

法律继受至少要受到政治、经济、文化、人以及法学家的影响,往往政治的原因在最初是最突出的。(23)罗马法之所以被欧洲各民族所接受,其原因不仅仅在于其理论上的质量,而且还在于罗马帝国的理想中的权威以及其背后的罗马思想,(24)对法国法的继受也不是仅仅由于其质量,但法律继受的原因不能仅仅从历史上的初衷出发。在法律体系化、法律演进以及法律本土化问题上,一个基本的影响因素就是法律的科学化。虽然日本在民法典立法时,基本上是法国法的模式以及英美法的影响,但之后法律体系独立化、科学化完全仰仗德国法学理论之功劳,在日本,德国法学理论已经成为了解释民法典的基准。(25)从内容上看,可以说,日本法属于德国法系。

理论继受可以为继受法国家的体系建立作出贡献。(26)法律秩序的体系化要凭借作为该体系基础的基本原则,各个原则相互作用、补充限制,并在问题解决方案上得以具体化,而且它们被视为第二层次的基本性、交融的体系要素。所谓理论继受,就是既有的法律,通过法律人惟一地以外国法律科学为导向的方式,但

对该外国法学的规范整体,即使不是全部地,也是在重要的关键点上所偏离、重构以及重建。(27)理论包括规则、概念、原则等,所继受的理论可能与现行法有冲突或者有差别,但也可能无阻碍地被成功地继受。但理论继受的前提不必是源自于相关母法的可继受的法律秩序本身也被继受。所以民法在中国生根成长以及独立也是一个理论问题,而不是政治、学术力量问题。在历史上,中国在最初恰恰就继受了极其理论化的、高质量的德国法,因为其技术性极强,理论贯穿,容易继受。(28)就现在中国的二次继受来讲,德国法学理论是最适合于完成这一任务的。

(二)中国民法法典化与体系化的尝试

在历史上,法典化成功的范例主要是《法国民法典》以及《德国民法典》,《法国民法典》早于《德国民法典》一个世纪,在德国法典化时期,著名的萨维尼与蒂堡(Thibaut)之间的争论,在我们看来,更主要的在于制订民法典的理论体系是否成熟。很清楚的是,争论的分野不在于立法要不要理论,而在于直接继受自然法为基础的《法国民法典》,还是在对罗马法、日耳曼法的梳理后重新抽象化,塑造一个新的民法体系。萨维尼认为,法典必须具有两个特征,法典就其内容来说,应该保障最大限度的法的确定性以及法的适用的安全性;就其形式来看,法典必须将其内容以精确的形式表现出来,而不能产生混乱和歧义。(29)在理性法学的思考下,德国人完成了这一法律体系化的梦想。可以说,理性法学乃是法学家对生活事实的深层次的认识与科学化,而自然法的思考则是法学家对生活事实的浅层次的反映。

在中国民法法典化过程中,中国法学家似乎也不满足于《德国民法典》这一法学抽象的颠峰之作。在学者的“创造”下,中华人民共和国民法草案取消了债权总则的编制,并将合同法、人格权法、侵权责任法单独成编,(30)就此至少造成了不当得利以及无因管理在体系上难以归类。这样的立法仅仅只是停留在民法外在体系的建立上,但它既破坏了德国法的外在体系,也破坏了民法的内在体系,比如,人格权的独立并不是体系化,而是类型化,如果采取类型穷尽的立法,人格的内容会被限定,人的自由会被真正妨碍,同时也违背了人格权的基本理念,最后值得怀疑的是,人格权的确立与保护是否是民法所能完全解决的。

进一步讲,中国法学家在对民法的内在体系没有进行深入探讨的情况下,忙于外在体系的建立,是否过于盲目呢?而且,问题是,中国能否在短时间内构建自身的内在法律体系呢?在德国法历史上,德国民法体系的出现是与中世纪的注释法学派的功绩以及法学家对罗马法、日耳曼法的整理是分不开的,历经几个世纪的发展,始有今日的德国民法典。比较于日本法律的现代化进程,比较适宜的道路是进行法律理论的继受,一方面改造旧有的法律制度,创造符合实际的法律规则,一方面通过理论继受,系统地演进法律,最终实现法律的本土化、独立化。这种工作也是科学的工作,并且是当今法学家的主要任务。最后,在萨维尼内、外体系之外重塑新的内在体系,其可行性是一个值得怀疑的问题。因为人类存在以来,哲学的基本问题以及人的行为方式、人的自由本质并未产生质的改变,而且,人的自由本质这一认知,在中国也逐渐为人们所接受。随着社会发展,虽然出现了与萨维尼内在体系相反的社会现象,如事实法律行为、关系契约、契约自由的死亡、消费者保护以及物权规则为债之优越性所排斥等,但私法自治的本质未产生根本性改变,萨维尼内在体系仍有其存在的基础。总之,我们认为,中国的法律继受之捷径在于,站在巨人的肩膀上,对德国法学理论的全面系统地理论继受。

四、中国继受法律理论化的技术与问题

在中国,经常出现这样的现象,实务界指责理论界与实践的脱节,而理论界则指责实务界没有理论,我们认为,其主要原因在于理论抽象程度的低下,法律理性化程度低,同时,法律继受过程中,疏忽了法律类型化工作,最后是因为解决问题的目标没有建立起来,继受理论也很难与本土实践结合。

(一)规则理性化与抽象程度较低

关于理论体系构建的意义,正如苏永钦所言:概念愈精确,规范之间的矛盾愈少,概念抽象的层次愈高,所形成的规范体系能处理自治事务的“复杂度”也愈高,自然也愈具有时空的超越性。概念越抽象,适用的具体案例类型就越多,抽象概念保障了法律的一体性与法律安全性。理性法学的核心意义在于:抽象规则具有区分细化的功能,能够适应人们意思的多样化,一部自由的民法,是能满足人们多种需要的民法,只要不违反公共利益,在多种利益衡量中,不被认为不值得保护的即可。法律一方面要提供多种救济,一方面也要提供多种制度资源,比如德国的不动产担保制度,不仅有担保性抵押权,还有流通性的抵押权,更有无附随性的土地债务制度。多种制度资源的形成全仰仗于理性法学之功劳。

另外,法学家试图凭借特殊的法学理论上的概念,并通过与一般法律原则的连接,来使一个规范变得可以理解。即使是从案例到案例的英美国家也是需要一定程度的一般化,或者理性化的。对于一个新的案例的判决,一直需要与两个或多个以前判决的案例内在关联,在此一定会存在一个体系性萌芽,这个萌芽与其他同类的体系萌芽以及部分体系,一起又结合为一个更大的整体,以便于使这些判例得以定位,并使这个领域可以

被传授、理解。(31) 无论是在大陆法系,还是在英美法系,法律规范抽象性的基本素材都是具体案例,这样一来,从法学院毕业的学生所学的知识是不脱离实践的。

理论的功能是将个别整合为一般的关联,这一功能就决定了理论的实践性与应用性。事实上,没有什么比一个好理论更具实践意义了。没有实践意义的法律理论也是没有意义的科学。法律理论具有启迪学价值,但并不意味着,决疑论可以从理论中推导出来,理论只是间接地对法官的法律创造活动作出贡献,也就是说,个体化的决疑活动借助于理论,服从于系统化、贯穿一致的整合。(32) 实证法构成了裁判之基础,其理论性的贯穿同时促进了法律适用与法律形成。

物权行为与债权行为的区分是法学家的抽象,这样的抽象结果具有很高的实践能力。使得某些制度的构架成为可能,比如说所有权保留制度,所有权移转被附加了价金全部支付的迟延性条件,而买卖合同则没有被附加条件。相反,《德国民法典》第925条,处于保护交易的目的,禁止土地所有权让与这一物权行为附加条件,而对债权行为附加条件则不被禁止,以便于避免与此关系的土地簿册正确性受到影响。票据或支票的背书也是不可附加条件的,在国际公约上也是如此,这里,虽没有提及到物权行为,但也是将移转行为作为独立行为处理的,在这里也没有理由禁止原因为附加条件。(33) 由此可见,对于履行行为,法学家怎么认识都是可以的,但构建出物权行为后,能使很多问题逻辑体系地被解决。中国一些学者以承认物权行为的抽象原则会损害出卖人的利益为由,坚决反对采用这一原则。但是,当买受人基于无效合同首先支付了价金,而出卖人无力给付货物且面临破产,买受人又如何保护其已支付的价金所有权不变成向出卖人请求的债权呢?买受人支付价金的行为如何在有因原则下得到所有权的保护?抽象原则不仅只是对出卖物的一方不利,而且对支付价金的一方也是不利的,而且是不可避免的。正是考虑这两方面的情况的客观存在,抽象原则反映了事物的规律,具有很大的涵盖性。反之,只是一部分的抽象,不具有高度的涵盖性,法律当然就有其不公正性。故以上述理由进行的反对,既不是体系化的,也不是全面的合理性说明,需要另寻理由。德国法学家在使物权行为独立的前提下,又向前迈了一步,即塑造了德国法上独有的抽象原则。抽象也是构建某些制度的前提,在远程、远期交易以及不动产领域,在维护登记公信力以及形式审查制度确立方面,有着保护交易安全的不可替代的作用。如果没有抽象性原则,登记簿册上的登记不正确的可能性会大大提高,此时公信力的合理性会受到怀疑。再比如担保性所有权让与制度,担保权利人在物权上获得了一个法律上的所有权,但在债权上的约定只是担保目的的所有权,二者范围上是不一致的,在某些德国学者看来,如果没有物权行为抽象性理论,担保性所有权让与制度是不能建立的,因为抽象性原则内涵之一是,物权的变动不能由债权行为引起,(34) 反之,没有抽象原则,债权行为就得影响或决定物权行为的变动范围,所以,在没有抽象原则情况下,物权上获得的所有权为什么大于债权上的约定,这是不可解释的。

形式化理论抽象的另一个例子是土地上债务制度,在担保交易上,简单地看就是一个合同整体或者两个合同,从合同服务于主合同,附随性的规则是由该担保目的所推导,但德国法学家抽象出了四个法律行为,而且建立了没有附随性的土地债务制度,在结果上满足了人们的多种资本需求。被担保的债权可以没有任何形式要求而改换、叠加,而所有权人土地上债务又使得中间贷款成为可能。(35) 同一贷款发放人在借款人还款后,还可以以同一土地上债务为担保工具。土地上债务还可以成为财团贷款以及期房贷款有效担保工具,一个土地上债务也可以为多个权利人服务。

我国的立法规则仍存在概括抽象度不高的问题,比如中国的抵押权就没有被高度抽象化,《担保法》第5条规定,担保合同是主合同的从合同,主合同无效,从合同也无效,在这里被担保的债以及担保物权没有在规则中被抽象出来,同时抵押权的附随性一直被严格执行着,这使得担保制度的创造信贷的功能难以发挥。

(二)法律类型化的技术

理论的构建目的在于对具体案型的解决,没有理论,类型思想是盲目的,没有类型化,理论是空洞的。只有类型化,理论与实践才不脱离。比如错误可以类型化为内容错误、表示错误以及交易上重大因素的错误,而动机错误则在法律救济的考量之外。欺诈也分为一般的欺诈与特殊欺诈。一般的欺诈是表意相对人实施的,而特殊的欺诈可能涉及三个人或四个人,比如,A基于第三人实施的欺诈,而向另一方作出意思表示,那么在A知道或者应当知道该欺诈的时候,该意思表示是可以撤消的(比如保险人的医生进行的体格检查欺骗)。如果另一方,即受领该含有瑕疵意思表示的一方,直接地基于该意思表示而取得了一项权利,那么该意思表示在他知道或者应当知道该欺诈的时候,就可以相对于他被撤消(比如保险中的受益人,涉及四个人)。相比之下,我国的错误、欺诈制度至少在立法上并没有进行这样的类型化,结果是其调整范围很小,与实践严重脱节。

(三)问题解决办法导向的技术

进而言之,一个类型并不意味着一个新的理论,例如欺诈的三种类型,并没有三个问题。理论的成分不是指生活事实以及法律争议意义上的个别案型,而是问题的解决办法。每个案例都是新的,但不必然是新的问

题,例如有价证券的权利表见理论扩展适用于签字的支票遗失的情况,这既没有丰富该理论,也没有改变该理论。(36)

我国需要解决的民法上最大的问题是,交易安全的问题。科英指出,19世纪的私法重塑的最重要的秩序任务在于,创立一个能够满足自由市场经济的自由的交易法。(37)所以,民法是交易法,所有民法制度无非是为了解决交易中的问题而设立的。不仅债权法是交易法,物权法也是交易法。抽象性的处分性所有权、物权绝对、物权法的特定性原则、物权数量限定原则、物权内容法定、物权公示等原则与法律概念的确立是以交易安全以及流通为基础的。(38)物权法这一目的导向创造出两个典范的以交易安全为导向的制度,一是处分行为的抽象性,一是从无权处分人处分的善意取得。(39)如前所述,抽象性原则不过是债权与物权分离的进一步,通过抽象性原则保障了货物以及土地的出让不受前手取得以及继续让与的有效性问题的影响,所以抽象原则也是交易法目的的一部分。至于善意取得更是在交易安全目的下的构建,在此,罗马法上的所有物返还原则被修正了。对于中国的不动产制度而言,关键的还有以流通与交易安全为导向的登记制度的建立。在物权形式主义之下,登记具有公信力,但在我国,由于处于过渡时期,房产证往往在人们眼中成为权利的表征,登记倒不被重视,认为只是收费之工具。有鉴于此,司法实践中,认为当事人如果没有进行不动产登记,那么只要双方在二审中补办了手续即可,但这样的规则是违反公信力原则的,试想在这段时间的其他物权人是否以及如何受到保护呢?

但确认问题时,要考量其是否为一个真问题,暂时性的、政治性的问题并不是法律体系化的内容。立法上为了解决具体问题而设立的规则,往往是没有很好的利益衡量,结果反而阻碍交易,往往是为了解决一个问题,而带来了许多新的问题。实际上完全可以通过理性思维设定更抽象的规则,同时解决这样的诸多问题。比如为了解决外贸代理的问题,而在合同法中建立了所谓的特别规则,即使受托人以自己的名义与第三人签定合同的,在第三人知道或者受托人向之披露等情况下,受托人可以摆脱合同责任,这样的规则本来是为了解决外贸代理的问题,但在合同法中却作了一般性的规定,这对合同法原理、代理理论产生了重大冲击,但随着改革的发展,外贸代理的问题随之也就不存在了,但该法条却仍然存在。

只要真的问题存在,即使现行法律结构不同,也可以进行理论继受,比如,缔约过失制度之所以产生,是因为德国缺少像法国法上的一般条款,加上雇主责任的免责之可能性极大,由此产生了合同法与侵权法之间的单独的责任构成,虽然缔约过失制度与合同上的特别关系相连接,但它并不是基于合同的责任,而且超出了合同阶段以外。但即使有一般条款的国家,如奥地利、瑞士以及我国也继受了缔约过失制度,其原因在于在这些国家也存在同样的问题,需要这样的理论构建。

通过类型化、法律问题取向化,规则与原理才能被作最高的抽象,法律的内在一致性才能最终得以建立。

五、中国继受法律理论化的障碍与问题

(一)法律的政治工具化

法律与道德政治经济社会有着千丝万缕的联系,但法律必须与这些相区分,法律之功能是有限的,物权法,尤其是不动产立法是不能成为政治工具的,破产法也不能成为挽救国有企业、安置职工的工具,而在于对债权人之保护。那么对破产财产的确定、扩大化才是立法的主要任务,而企业重整、和解则不是法律建构的重点。在这种破产法社会目标的指导思想下,连优先权人的担保利益都很难受到保护,在法律上职工的工资、安置费甚至优先于抵押权。

法律的政治工具化的突出表现还在于对所有权概念的政治化,所谓的所有制决定所有权的观念还在左右着民法典起草人的观点,国家、集体以及私人所有权的划分在建议稿中还存在。据鄢一美教授的考证,维涅克吉托夫在他1948年完成的著作《社会主义国家所有制》中,为了当时政治的需要,将马克思对所有权本质的论述,表述为是马克思对所有制问题的论述,把马克思对整个社会关系与法的相互关系的论述表述为马克思对所有制与所有权关系的论述。从而创造了所有制决定所有权的理论。

物权最纯粹的、最完全的形式被称为所有权,(40)所有权不再被理解为权能的总合,而是广泛的、因此也是完全的物之统治,该统治是不可分的、永久的、对世的。这里的所有权是抽象的、形式化的,在个别权能被让与给他人时,所有权仍是所有权,他物权是暂时的,任何他物权都不能取代所有权的功能。只有在这样抽象的、形式化的所有权概念下,才能保障物权体系独立完整性。(41)但中国在政治观念影响下的所有权制度,不仅难以形式化而达到独立,而且严重地减损其功能,物的使用效用以及物的担保效用都受到了限制。比如,根据现行法,只能在土地使用权上设定抵押,而土地使用权又是有使用年限的,在年限将届满之时,其担保价值很难保证。另外,在土地使用权期限届满时,国家有一个无偿取得建筑物的权利,这对优先性抵押权也是一个威胁。

根据萨维尼的观点,私法只能被看作划定自由空间的秩序,而不能被看作按照实质的、道德准则或者实践政治要求的秩序,(42)否则,法律就难以科学理论化。

(二)自由的法律不是禁止的规则

自由的法律不能是禁止的规则,而是开放的规则。比如超额重复抵押(《担保法》第35条)的问题,为了解决银行贷款尤其按揭贷款安全性的问题,担保法禁止超额重复抵押,姑且不谈超额抵押权人在此情况下获得担保安全的可能性,单就如何确定物的价值,在实践中就产生很多纠纷,比如是以设定时的价值为准,还是以实现抵押时的价值为准,是评估价值,还是最后的拍卖价。另外,该规定实际上也是对所有权自由的限制。

(三)法系之间理解的不同与具体制度的混合继受

法律制度上,毋庸说英美与大陆法系之间,在大陆法系内部也是有区别的。比如说物权的概念,在德国通过主观权利的锤炼,权利的客体与权利本身已经分离,债权与物权也是分开的,相反在法国,权利与客体是掺杂在一起的,所以称为实体物权法,担保物权在德国目前的学说无争议地为物权,而在法国担保物权与保证、留置权放在一起,称为担保权,它不是物权,而就是担保权,其原因在于《法国民法典》的合意原则,根据该原则,债权与物权成为了一个行为,物权的规则已经大部分被合同法所规定了,单独制定物权效力规则是多余的。另外,就合意原则来讲,我们只谈到物权的效力取决于债权的效力,实际上其背后还有一个原则,即债权的范围决定物权变动的范围,即一个抵押合同只能创造一个抵押权,而不是所有权或者一个没有附随性的土地债务,这样担保性所有权让与以及土地债务在这种结构上就不能建立起来,对于这个问题在法国、日本产生了很多学说,都与这个合意原则有关。

中国法律继受的方法为法条继受与片面混合理论继受,之所以说是片面的,是因为在整个体系上不是纯粹的德国的,或法国的,或美国的,在个别制度上存在混淆性。但我们认为,借用外国的理论,进行制度构建,还是以一国理论为标准为宜。

中国法学概念存在混用的地方比比皆是,如果不承认物权行为,也就无所谓处分行为,但在物权法草案,甚至现行法(比如《合同法》第51条)中都有处分或处分权的概念。让人有神经错位之感。另外,关于从物的概念,在德国从物范围很大,实现抵押权时,从物也被抵押权责任所包括,所以无设立动产抵押权的必要。而日本则相反,从物包括的内容很少,加上资源的匮乏,实有设立动产抵押权之必要。在我国物权法专家建议稿中不仅规定了广泛的从物概念,也保留了动产担保制度。理论是通领于具体制度的,比如登记制度,在法国登记的是产生权利的法律行为,而不是不动产上的权利。(43)从该原则逻辑出发,登记也不可能有公信力,第三人的善意取得是不受保护的,因为被登记的只是作为权利基础的过程,没有实体权利的检验,通过公示并不能治愈法律行为的瑕疵。(44)比如中国《担保法》中关于登记后,抵押合同无效的规定,可能就是受到了这个思维的影响。

担保性所有权以及信托制度的建立,解决的是一个新的问题,即所有权是否是绝对的、不可分割的,在强制执行以及破产时,应当赋予担保权人何种权利,所以,有必要构建新的制度。中国法学家们借用德国的担保性所有权让与制度,对公式式与法定式的英美法按揭制度进行改造,产生了所谓的让与担保制度,(45)并为司法解释以及立法草案所接受,在这里,可以呈现出法学家作用的发挥,但其不足之处是,没有从大陆法概念体系出发,而是借用财产权概念,(46)即凡依法可转让的财产或财产权利,均可以设定让与担保。

(47)在结果上没有完成制度的最终设计,该制度构架包括了两种制度,债权担保让与以及担保性所有权让与制度,加之,将让与担保制度设计目标局限于现实生活中的商品房预售,这样导致了构建出来的让与担保制度只是针对不动产担保,与已经存在的抵押权制度构成了重叠关系,不能充分发挥应有的功能。问题是,不动产上是否有构建让与担保的必要,与抵押权相比,其有无先进性,如果进行不动产让与担保,是否产生利益极大的不平衡以及登记费用的提高,另外,商品房预售是否可以以其他方式进行。

(四)不完全、割裂的借鉴

梁慧星先生的物权法专家建议稿上,登记制度基本上是对德国法的继受,登记具有推定效力以及善意保护的效果,第28条关于推定效力的规定基本上是《德国民法典》第891条的翻译,主要解决举证责任,但第29条关于善意保护的规定却没有老老实实在地进行继受,而是对《德国民法典》第892条、第893条进行了缩译,《德国民法典》这两条解决的是实体法上权利表象构成的问题。《德国民法典》第892条第1款第1句以及第893条第1句是具体的案型事实构成,而在第893条规定最后隐藏着一般条款,即这里涉及的只有含有处分的法律行为过程,具体来讲一共有三种情况,第一种:取得在土地以及土地权利上权利的情况,比如,表见所有权人V向K让与其在土地登记簿上的土地,K取得无负担的土地;第二种,向登记簿上权利人履行的情况,E向不正确地作为登记性抵押权人登记的H进行了履行,那么E将从抵押权中免责,并按照《德国民法典》规定取得所有权人抵押权。第三种为概括性条款,即登记簿上权利人处分的其他情况,比如,错误登记的N通过

向所有权人进行意思表示撤销了用益权。(48) 比较起来,第29条只规定了第一种情况。

至于预告登记制度,在德国是为了解决进行所有权移转登记上烦琐登记所带来的拖延,以及所有权保留的问题而产生的,因为第925条第2款不允许附加条件,对出卖人来讲,预告登记使之在买受人支付价金前,可以推迟该处分,保全该权利。该制度之设计考虑了多种利益,即第三人的利益、出卖人的利益以及预告登记人的利益,所以其法律效果不是简单地宣布无效,而是通过第883条第2款规定,与预告登记相违背的处分或者强制执行措施对第三人而言虽然是有效的,但在与预告登记权人的关系上则是无效的,即所谓的相对无效制度。在制度上有类似功能的制度还有处分禁止与登记簿册冻结,但这两种制度比之有很多不足之处,如处分禁止的法律后果是绝对无效,出卖人的利益得不到保障。(49) 总之,在预告登记之后,财产的流转并没有被禁止,而在物权法草案中,第35条规定,不动产物权处分与预告登记请求权内容相同时,该不动产物权处分无效。该规定极为含糊不清,何为内容相同,法律效果是绝对无效吗?这是预告登记制度吗?

(五)理解错误

"关于顺位保留,在物权法建议草案是这样理解的,顺位保留是不动产的所有权人或者其他可以再次设定负担的物权人,为将来可能产生的不动产限制物权保留一个优先的顺位。当被保留顺位的限制物权产生时,他可以经登记直接进入被保留的优先顺位,而不是依其成立的时间被排列在后序顺位", (50) 在这样的理解后还加上《德国民法典》第881条的规定。但二者根本不是一样的,首先,其他物权人所指何人,如何保留顺位?其二,在专家建议草案中认为,顺位保留是不动产的所有权人或者其他可以再次设定负担的物权人单方行为而产生的一种物权变动, (51) 这同样是不合乎逻辑的。在德国法上,顺位保留为所有权的构成成分,与所有权不可分割(BGB第881条第3款),不可独立变价。其产生需要通过所有权人与为顺位保留所限制的权利之取得人的合意,并须登记(第881条第2款)。实质上,在该权利人的权利上设定了一个负担。(52)

六、结语---法学家的使命

由上所述,法学家的使命是对社会现象以及人的行为的认知以及体系化,作为继受法律国家的中国法学家,首要的是以一国的理论为基准,在诸多理论问题上进行继受、改造、重建、修改,以期对现行法进行体系化、理论化,这是一个继受理论的正本清源工作、修改适应本国情况的工作,这需要中国比较法学研究的繁荣。

理性是对规则的抽象,法学理论服务于,通过归类与一般性联系而获得认知。理论具有无限概括性,其目标是提供多种法律资源,促进人们的自由。好的抽象的理论具有很强的实践能力,理性法导致的是简单问题复杂化,复杂问题简单化,但自由的法律绝对不是简单的法律。理论化离不开类型化,而理论的继受、修正纯粹以解决新问题为导向。

随着时间的推移,许多构建的法律体系受到了现实生活的挑战,尤其是以潘德克顿方式构建的物权法,物权法自身以及原则出现了相对化的趋势,债权的优越性日益显著。研究客体的变化并不是不幸之事,而是一个挑战,即该秩序要接受一个全新的批判性的分析,在继受国家也是如此。

(原文载于《比较法研究》2004年第1期)

注释:

(1) 哈罗o奥托:"何为法学",《法学专刊》,2001年,第1页(Harro Otto, Was ist Rechtswissenschaft, Juraspesial, 2001, S.1.)。

(2) 格奥尔格o弗里德里希o普赫塔:《习惯法》,第二册,第14页以下(Georg Friedrich Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Bd. II 1837, S.14 f., 1837)。

(3) 比德林斯基:《法学方法论与法律概念》,第110页;维亚克尔:《当代私法史》,第401页,拉伦茨:《法学方法论》,第46页(Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.110; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.401, Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.46)。

(4) 黑克:《法律解释及利益法学》,1914年,《民法实务档案》第112.1、18页(Heck, Gesetz auszlegung und Interessenjurisprudenz, 1914, AcP 112.1, 18.)。

(5) 黑克:《概念形成及利益法学》,1932年,第9页及以下(Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S.9ff.).

(6) 尤利乌斯·宾德尔:《法律人格之问题》(1907年),第10页[Julius Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, (1907) S.10.]。

(7) 萨维尼:《当代罗马法体系》第一册,柏林,1840年,第一编第331页以下,第二编第2页(Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840 I 331 ff. II 2.)。

(8) 萨维尼:注7引书,第一册,第370页。

(9) 萨维尼:注7引书,第三册,第177页。

(10) 萨维尼:注7引书,第一册,第55页。

(11) 萨维尼:注7引书,第一册,第7页。

(12) 萨维尼:注7引书,第一册,第7页。

(13) 萨维尼:注7引书,第一册,第333页和第334页。

(14) 萨维尼:注7引书,第一册,第132页。

(15) 萨维尼:注7引书,第一册,第339页以下。

(16) 萨维尼:注7引书,第三册,第5页。

(17) 萨维尼:注7引书,第三册,第309页。

(18) 萨维尼:注7引书,第一册,第337页以下。

(19) 萨维尼:《作为当代罗马法一部分的债法》,第二册,第358页(Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des deutigen Römischen Rechts, Band II, S.358.)。

(20) 克格尔:《FoAo曼纪念文集》,1977年,第83页和第86页(Soz. B. Kegel, Festschrift für F. A. Mann, 1977, S.83 und S.86.)。

(21) 引自施韦尔贝尔特版本:《民法典草案第一编纂委员会编委草案稿物权法》,赖因霍尔德·约豪编纂,第一部分,柏林,1982年(Zitiert nach der Ausgabe von Schwerbert, Die Vorlagender Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, verfaßt von Reinhold Johow, Teil 1, Berlin 1982.)。

(22) 邵建东:《中国民法及经济法》。部分法学领域,与德国法之比较,汉堡:亚洲学研究所,2001年,第1页(Shao, Jiandong, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht: ausgewählte Rechtsgebiete, dargestellt im Vergleich zum deutschen Recht, Hamburg: Inst. für Asienkunde, 2001, S.1.)。

(23) 北川善太郎:《日本对欧洲民法的继受与发展》,1970年,法兰克福,第51页(Zentaro Kitagawa, 1970 Frankfurt, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan. S.51.)。

(24) 科沙克尔:《欧洲与罗马法》第三版,1958年,第80页(Koschaker, Europa und

(25) 北川,同注23,第67页。

(26) 卡纳里斯,克劳斯-威廉:"理论继受与理论结构",《北川应祝文集》,柏林1992年,第74页(Canaris, Claus-Wilhelm, Theorienrezeption und Theoriestruktur, in FSKitagawa, Berlin 1992, S. 74)。

(27) 北川,同注23,第67页。

(28) 宾格尔:《中国对欧洲法的继受》,第三届比较法学国际会议上德国所提专题报告,1950年,第178页(K. Bunge, Die Rezeption des europäischen Rechts in China, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, 1950, S. 178.)。

(29) 薛军:"蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产",载于徐国栋主编《中国民法典起草思路论战》,第413页。

(30) 全国人大常委会法制工作委员会办公室,2003年1月14日印。

(31) 菲肯舍尔:《法律之方法》,第二册,1975年,第63页及69页(Fickentscher, Methoden des Rechts, Bd. II, 1975, S. 63 b z w. 69.)。

(32) 卡纳里斯,同注26引书,第63页以下。

(33) 卡纳里斯,同注26引书,第86页及87页。

(34) 鲍尔/施蒂尔纳:《物权法》,1999年,第48页(Baur/Stürner, Sachenrecht, 1999, S. 48.)。

(35) 胡贝尔:《担保土地债务》,第56页(Huber, Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 56.)。

(36) 卡纳里斯,注26引书,第68页。

(37) 科英:《欧洲私法》,第二册,慕尼黑1989年,第89页(Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. II München 1989, S. 89 f.)。

(38) 维甘德:"在债权法的关联上的论物权法的发展",《民法实务档案》,1990年,第119页(Wiegand, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 1990, 119.)。

(39) 科英,注37引书,第392-403页。

(40) 萨维尼:同注7引书,第一册第二编,"法律关系",第338页。

(41) 维甘德:同注38引书,第117页。

(42) 赫尔穆特·科英:"萨维尼和德国私法学",《纪念冯·萨维尼诞辰200周年学术报告集》,赫尔穆特·科英编纂,法兰克福1979年,第19页(Helmut Coing, Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, Vortrag zum 200. Geburtstag von F. C. von Savigny herausgegeben von Helmut Coing, 1979 Frankfurt, S. 19.)。

(43) 费里德·松嫩贝格尔:《法国民法》第二册,第70页(Ferid-Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band II, 370.)。

(44) 有一些例外,参见注43引书,第309页及以下。

(45) 王闯:《让与担保法律制度研究》,法律出版社,2000年,第432页。

(46) 王闯,同上引书,第434页。

(47) 梁慧星:《中国民法典草案建议稿》,第681条。

(48) 鲍尔/施蒂尔纳:同前注34,第258页以下。

(49) 约翰内斯·哈格尔,艾希施泰特/英戈施塔特:《预告登记》,载《法学教育》1990年,第429页(Johannes Hager, Eichstätt/Ingolstadt, Die Vormerkung, JuS 1990, S. 429.)。

(50) 梁慧星,同前引注47,第167页。

(51) 梁慧星,同前引注47,第168页。

(52) 鲍尔/施蒂尔纳:同注34引书,第186页以下。

相关文章

德国的判例编撰制度
真实有序的法律世界

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720