

## 论《民法典》采用新法学阶梯体系及其理由 ——兼榷《民法典》体系化失败论

徐国栋\*

**内容提要：**《中华人民共和国民法典》颁布后，学界对其内外体系进行了研究，认定它有各类民事权利展开的外在体系和基本原则贯彻的内在体系，但苏永钦教授认定此《民法典》体系化失败。体系具有价值宣示和橱窗等功能，法学阶梯体系在人文主义价值宣示方面居优，潘得克吞体系在橱窗功能方面居优。《民法典》采用的新法学阶梯体系兼采这两种体系的优点。未采潘得克吞体系，是因为该体系的债编等方面存在“把手”设置过高的逻辑问题，所以，从20世纪30年代起，它就遭到了德国人和日本人的批判和摒弃。苏教授深谙潘得克吞体系的缺陷，建议了一个六编制的财产法典体系，但该体系只考虑财产法，具有跛足性，而且，他只承认公因式提取的成果为体系，选用的意定、法定的公因式过于偏狭，造成各编内容的异质性大于同质性，且不能包容兼具意定性和法定性的对象。苏教授对民法典的纯粹私法要求与行为经济学对理论人性的研究成果不合，且增加了当事人寻法的难度。

**关键词：**潘得克吞体系 法学阶梯体系 新法学阶梯体系 人文主义 私法自治

### 一、大陆学者对《民法典》体系的研究以及苏永钦教授的批评

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）颁布后，举国欢庆。为何欢庆？理由很多，这里笔者只举两个。

\* 徐国栋，厦门大学法学院罗马法研究所特聘教授。

本文是笔者于2020年12月11日在武汉大学法学院所做的讲座“为我国民法典不采用潘得克吞体系辩护——兼论该体系在德国遭到的批判”的讲稿，感谢孟勤国、张红两教授的盛情邀请以及张素华教授的点评。本文第一稿经过了薛军（北京大学）、方新军（苏州大学）、徐铁英（四川大学）的审读，他们提出了方向性的修改意见，笔者采纳之，在此也感谢他们。本文第一稿完成后，苏永钦教授的《大民法典的理念与蓝图》发表，笔者又据此实质性地改动了本文。

其一,我国通过制定《民法典》终于实现了立法上的学术独立。所谓立法上的学术独立,指主要依靠自己的学术资源起草自己的民法典,但不排除多元的境外学术资源作为参考。若无自己的学术资源,只好依靠另一国或数国的学术资源制定民法典,那就会发生土耳其、埃塞俄比亚式的法律移植。<sup>〔1〕</sup>从中华人民共和国民法典编纂史的角度看,它打破了“中国抄日本,日本抄德国”的传统套路,该说法表达的是民国时期民法典编纂主要通过日本取用德国学术资源的意思。<sup>〔2〕</sup>学术独立在民法典体系上的表现就是建立了人前物后的新法学阶梯体系。

其二,《民法典》的颁布造就了一个数千年法律文化根本转型的契机。自李悝制《法经》以来,我国形成了重刑轻民甚至有刑无民的传统。20世纪30年代《中华民国民法》颁布,这种情况有所改观。1949年后,其限于在我国台湾地区实施,大陆重新进入无民法典状况。改革开放后,中国大陆1979年制定了刑法,从1955年开始尝试制定民法,但制定民法典屡试屡废,2020年终于成功,形成刑民两典皆备之局。过去的法制是一条腿走路,现在是两条腿走路了,如此大愿成真,焉得不庆?此庆证明,民法典制定被作为国之大事的时代远未过去!

欢庆之余,学界对《民法典》做了各种各样的研究,至少有王利明、方新军两位学者对《民法典》的体系进行了研究。<sup>〔3〕</sup>王利明认为,《民法典》采用民事权利体系,民事权利是《民法典》各编的公因式。总则编规定了民事权利的主体、客体、民事权利的行使和保护等,分则诸编分别针对物权、合同债权、婚姻家庭中的权利、继承权以及各项权利的保护展开。这种体系优于潘得克吞体系,因为五编制明显存在着“重物轻人”的倾向,明显是以财产权为中心构建分则体系的。七编制通过人格权编和侵权责任编的独立设置,突出了人的主体地位,凸显了民法典的人文关怀。<sup>〔4〕</sup>方新军认为:民法典的体系分为外在体系和内在体系,前者是规则的体系,以抽象概念的层级分类为工具;后者是原则的体系,以原则的分层、列举和具体化为工具。由于作为外在体系基础之一的概念法学遭到批判,内在体系在当代民法典编纂中的地位上升。<sup>〔5〕</sup>他认为,《民法典》总则编规定了意思自治原则、合法权益受保护原则、平等原则、公平原则、诚实信用原则、合法原则、公序良俗原则、绿色原则,这些在比较法上具有鲜明的特色,是内在体系外显的突出表现,代表了未来民法典的发展方向。这些轻重有别的原则引导着具体问题的解决,为民法调整的事项提供处理标准。<sup>〔6〕</sup>由此使民法成为一有机整体,具有体系的开放性。

王利明的观点可概括为民事权利体系说,证立了《民法典》的外在体系;方新军的观点可概括为基本原则体系说,证立了《民法典》的内在体系。要说明的是,方新军的两篇切题论文发表

〔1〕土耳其基本照搬《瑞士民法典》,埃塞俄比亚则请法国学者勒内·达维德为自己起草民法典,形成《埃塞俄比亚民法典》。

〔2〕其详参见徐国栋:《1964年民法典草案的政治经济学化——兼论现行〈民法典〉中政治经济学条文的处理》,载《探索与争鸣》2021年第1期。

〔3〕使用“至少”一词,是因为阅读面有限,可能其他大陆学者研究了《民法典》体系而笔者不知。

〔4〕参见王利明:《民法典令人瞩目的体系创新》,载 <https://news.ruc.edu.cn/archives/285548>,最后访问时间:2021年2月2日。

〔5〕参见方新军:《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》,载《法制与社会发展》2019年第2期。

〔6〕参见方新军:《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现》,载《中外法学》2017年第3期。

在《民法总则》颁布后，《民法典》整体出台前，但其论述对《民法典》有效。

但如上观点未得到苏永钦教授的认同。《民法典》颁布后，苏教授发表《只恐双溪舴艋舟，载不动，许多愁——从法典学的角度评价和展望中国大陆的民法典》《大民法典的理念与蓝图》两文。前者标题十分刺人，认为《民法典》因为少了承上启下的债法总则，体系化程度大幅倒退，不如 120 多年前德国、瑞士、奥地利等国的民法典，甚至主张《民法典》取代 9 部单行法徒然，它们不必组成民法典，因为一动不如一静；〔7〕后者认为《民法典》只是准法典，连五编制的体系化程度都未达到〔8〕。

苏教授长年关注《民法典》制定，经常利用出席学术会议之机出主意、提建议，尤其在《民法典》颁布前其在浙江大学光华法学院参加该院组织的对合同编的逐条讨论，拳拳之情，让人感佩。所以，苏教授的批评，出于善意。兼听则明，他的批评对于处在《民法典》后欣快期的大陆民法学界也是一种提醒，促使其接受苏教授的观点或证明其错误。

通读苏教授两文，笔者认为其观点难以成立，故做此文与苏教授商榷，同时尝试以不同于王利明和方新军的方式证立《民法典》的体系。苏教授长笔者十岁有奇，是笔者的长辈，他于 1981 年在慕尼黑大学取得博士学位时，〔9〕笔者尚在西南政法大学就读本科。然而，我们经常一起开会，他于 2017 年 10 月 27 日在厦门大学举办的讲座“中国大陆如何面对法典时刻”由笔者点评。为写作此文，笔者阅读他所有发表在大陆刊物上的关于民法典的文章后，深感苏教授学养深厚。君子和而不同，每人知识结构、立场甚至偏好都不一样，所以，就《民法典》的体系，笔者还是要发表与苏教授不同，或许也与王利明、方新军不同的观点，希望得到苏教授和各位学者的批评指正。

## 二、基本概念的澄清：体系的含义及功能

苏教授的两篇批评《民法典》体系的文章专讲体系而未界定之，为了取得共同的讨论前提，需要澄清基本概念。

“体系”（Συνίστημι）这个词来自希腊文，该词的前三个字母组成的字串表示“在一起”，其他字母组成的字串表示“放置”，所以，其一般的含义是“群集”，另外涉及“排序”，与“混乱”（Χάος）形成对反。体系的目的是取得有机性。〔10〕体系可用于学说，也可用于立法。在民法史上，最早的学说体系由共和末期的法学家昆图斯·穆丘斯·谢沃拉（Quintus Mucius Scaevola）在其《市民法》中开创，由帝政初期的法学家马苏流斯·萨宾（Masurius Sabinus）在其《市民法》中发展。该体系采用四编制：继承法、人法、物法、债法（此为谢沃拉体系，萨宾体系不过

〔7〕 参见苏永钦：《只恐双溪舴艋舟，载不动，许多愁——从法典学的角度评价和展望中国大陆的民法典》，载《月旦民商法杂志》2020 年第 9 期。

〔8〕 参见苏永钦：《大民法典的理念与蓝图》，载《中外法学》2021 年第 1 期。

〔9〕 其博士论文题目为《立法措施的可能性和局限性：用基于比较法研究得出的理想类型研究中国台湾地区的市场经济问题》[Möglichkeiten und Grenzen gesetzgeberischer Massnahmen; zu Problemen der Marktwirtschaft in NationalChina (Taiwan), mit Idealtypenbildung anhand von rechtsvergleichenden Untersuchungen, 214 页]。

〔10〕 Cfr. G. Pietro Calabrò, Paola B. Helzel, Il Sistema dei diritti e dei doveri, Giappichelli, Torino, 2007, p. 1-2.

是在此基础上颠倒物法和债法的顺序)。<sup>[11]</sup>在这个体系中,继承法居前,表达了罗马人信奉的向死而生的斯多亚哲学的观念。<sup>[12]</sup>人法包括主体法和家庭法两方面内容,物法和债法完全与现代潘得克吞体系的同名要素同义。谢沃拉和萨宾的《市民法》是教科书,在盖尤斯之前的罗马法律学校都采用这样的古版的潘得克吞体系教授市民法。

2世纪的法学教师盖尤斯在其教材《法学阶梯》中创立的人、物、讼的体系是后来者,它取代了古版的潘得克吞体系。这一体系受到了西塞罗的影响,他说:“为了理解词并为了写作,没有什么比把词划分为两个属更有用和更令人愉快的练习了:一个属是关于物的,另一个属是关于人的”。<sup>[13]</sup>此语采用了一种线条更粗的世界描摹方式,为盖尤斯借用。两相比较,撇开“讼”不谈,可以说法学阶梯体系相对于古版潘得克吞体系提高了民法结构单位的层级,由四级到人法与物法两级,由此,古版潘得克吞体系中的继承法、债法和物权法被纳入庞大的物法。需要注意的是,物法不能等同于物权法,盖尤斯把继承和债看作无体物,把两者纳入大物法的麾下。<sup>[14]</sup>

如所周知,这些古代的教材体系随着罗马法的复兴在近代欧洲得到了重现并转化为立法体系。就谢沃拉—萨宾体系而言,它演化为德国的潘得克吞体系。胡果(Gustav Hugo, 1764—1844)在1789年出版的《罗马法大纲》一书中采用之,<sup>[15]</sup>即所谓的总则、债、物权、亲属、继承的五编制体系。可以看出,胡果对这一体系进行的改造不过是把继承法挪后,以“人法”中的主体法为内容,加上德国人自创的法律行为法和时间法构成总则并置前。从立法的角度看,潘得克吞体系最早由《巴伐利亚民法典》采用,然后由《萨克逊民法典》采用。前者的物权编在债编之前,后者的债编在物权编之前。后来,《德国民法典》采用了萨克逊式的潘得克吞体系。追随德国模式的《日本民法典》、我国台湾地区“民法”、《韩国民法典》也采用这一模式。

就法学阶梯体系而言,它也演化为现代的教材体系。例如,德国人G. A. 斯特鲁维按法学阶梯体系写了《罗马—日耳曼法庭法学》(Jurisprudentia romano-Germanica forensis)(耶拿,1670年);西班牙人G. 萨拉按法学阶梯体系写了《罗马—西班牙法学阶梯》(巴伦夏,1795年)。<sup>[16]</sup>它转化为立法体系的例子众所周知:《法国民法典》。<sup>[17]</sup>

至此可以得出的总结是:

1. 体系是杂多材料的编排方式,如果观察对象规模很小,用不着体系,例如只有一枚积木的情形。如果有数枚积木,按一定的意旨排列它们,便有体系。所以,体系就是排序。排序无意

[11] Cfr. Fritz Schulz, Storia della giurisprudenza romana, traduzione italiana di Guglielmo Nocera, Sansoni, Firenze, 1968, pp. 172s.

[12] 参见石敏敏、章雪富:《斯多亚主义》(II),中国社会科学出版社2009年版,第231页。

[13] Véase Cicerón, De la Invención, In Nicolás Estévez ed., Obras Escogidas, Casa Editorial Canier Hermanos, Tomo Primero, Paris, s/a, p. 228.

[14] 参见方新军:《盖尤斯无体物概念的建构与分解》,载《法学研究》2006年第4期。

[15] Cfr. Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno (Volume secondo), Giuffrè, Milano, 1980, p. 39.

[16] 参见徐国栋:《优士丁尼法学阶梯评注》,北京大学出版社2011年版,第24—26页。

[17] 《法国民法典》采用经改造的法学阶梯体系,分为三编。第一编:人;第二编:财产及所有权的各种变更;第三编:取得财产的各种方式。



义论可以休矣！民法材料足够杂多，所以用得着体系。

2. 体系先用于教学，后用于立法，此论对于谢沃拉—萨宾体系、法学阶梯体系和德式潘得克吞体系都适用。体系首先是帮助学生有效率地掌握庞杂民法的材料编排方式。所以，在西班牙语世界，把我们说成体系的东西用“方法”一词表示，意思是“追随的路径”；<sup>〔18〕</sup>其次才是立法方式。体系的这种双重性导源于其适用文本兼具教材与立法的性质，例如优士丁尼的《法学阶梯》就两性兼有。

3. 体系具有价值宣示性，宣示的方式是通过材料序位的先后安排。例如，谢沃拉—萨宾体系宣示了其创立者“不知死，焉知生”的斯多亚哲学观念，以及对债与物两者孰轻孰重的不同理解，《巴伐利亚民法典》和《萨克逊民法典》也对同一问题表达了不同的态度；法学阶梯体系则宣示了人作为法的目的的先在性；<sup>〔19〕</sup>德式潘得克吞体系宣示了其创立者的数学理性主义思想，其法学领域的表现为概念法学。

4. 体系具有橱窗功能，即向学生和法的操作者提供一望而知的民法内容展示。在这方面，法学阶梯体系因为“把手”设定过高表现不好，而谢沃拉—萨宾体系和德式潘得克吞体系表现出色。所以，《民法典》要兼取两者之优。

5. 划界性。此性与体系的橱窗功能有关，橱窗所包纳者，实际上是民法外延的边界，列举是确定这一边界的简单方式。例如，在民法典这个橱窗里放入亲属法，意味着民法与婚姻法合并，抛弃两者分家的苏联—俄罗斯模式，淡化对民法是单纯财产法的理解，降低对民法各单元同质性的追求，因为苏联—俄罗斯模式之所以把家庭法独立，就是因为它与财产法的异质性过于突出。从一定的角度看，这代表了一种粗暴的理论态度：不是求同存异，而是把“异者”驱逐出境。再如，把继承法放入民法典这个橱窗，意味着划清民法与政治经济学的界限。在第二次民法典起草时，我国曾尝试把政治经济学的“三件套”（所有制、价值规律、按劳分配）民法化，为此驱逐了不符合按劳分配原则的继承法，并给它戴上了鼓励“好逸恶劳、坐享其成”的帽子。当下《民法典》包纳了继承编，意味着它完成了去政治经济学化，尽管还保留少数政治经济学条款。<sup>〔20〕</sup>最后，尽管有两领域业者的强烈要求，知识产权法、国际私法未被纳入《民法典》，也表明立法者认为它们或不严格或严格地不在民法的外延之内。<sup>〔21〕</sup>

苏教授的两文只承认通过公因式提取得到的垂直型体系为体系，因为这样的体系便于寻法，不承认水平型的体系为体系，忽略了水平型体系的价值宣示功能、橱窗功能以及体系的教学立法兼用性。如果不做这样的忽视，水平式的民法典也是有体系的。

〔18〕 Véase Enrique Martínez Paz, El Metodo delCodigo Civil Argentino, En Revista de La Universidad Nacional de Córdoba, Núm. 4 (2): Junio 1915, pp. 27 - 28.

〔19〕 I. 1, 2, 12: 我们使用的所有的法，要么与人有关，要么与物有关，要么与诉讼有关。首先让朕来看人，事实上，如果不了解法律为之制定的人，对法的了解就太少了。（参见〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第21页。）

〔20〕 参见前引〔2〕，徐国栋文。

〔21〕 《民法典》总则编第123条规定“民事主体享有知识产权”，所以，知识产权法并非严格不入典。国际私法属于严格不入典。

### 三、我国《民法典》体系对潘得克吞体系和法学阶梯体系的萃取

为何要萃取两种体系？因为两者各有优缺点。潘得克吞体系的优点是整体的橱窗功能强，但价值宣示错误，如同王利明所说的，重物轻人。而且局部的橱窗功能弱。法学阶梯体系的优点是价值宣示正确，但橱窗功能太差。两种体系中，潘得克吞体系产生在先，让笔者从它的价值宣示错误谈起。

《德国民法典》的起草者之一伯恩哈德·温德沙伊德（1817—1892年）说：“所有的私法，要做的事情，有两个对象：1. 财产关系，2. 家庭关系。因此，私法的主要划分是财产法与家庭法的划分。”<sup>〔22〕</sup>这个典型的物文主义民法对象定义遗漏了人格关系，可能根本没有想到人格权关系，仅把财产关系和家庭关系考虑为民法的对象，而且财前家后。它导致这样的民法观：“历来，也包含我本人在内，一般都把市民法理解成商品交换的法。”<sup>〔23〕</sup>为何财前家后？萨维尼认为，私法体系的“自然顺序”是纯粹家庭法、物法、债、实用家庭法和继承法。其中物法和债构成财产法的主要内容，纯粹家庭法处理婚姻、父权、亲属和监护等方面的内容，而实用家庭法则处理婚姻家庭关系和一般财产关系互相联系后所产生的内容。这样，“实用家庭法”在本质上就是财产法的一部分。<sup>〔24〕</sup>按照这个说法，纯粹家庭法应该居于财产法之前，但萨维尼最终选择让实用家庭法吸收纯粹家庭法，采用如下的民法体系：物法、债、家庭法（纯粹家庭法和实用家庭法）、继承法。无疑，这样的顺序重物轻人，把作为伦理实体的家庭看作为经济体的家庭的附属品。

在《德国民法典》生效后不到40年，德国的民法精英就基于潘得克吞体系的上述缺陷提出了改革建议，体现为1942年的《民法典（草案）》。它最终采用了如下八编制体系：人法、亲属法、继承法、合同法、所有权法、劳动法、企业法、公司法。<sup>〔25〕</sup>它人前物后，人法、亲属法、继承法三编作为人身法居前，摆脱了潘得克吞体系的物文主义。

日本人也发现了潘得克吞体系财前家后的错误并纠正之，谓：民法调整身份关系和财产关系。<sup>〔26〕</sup>此说把德国人说到的两个民法要素调换了位置，代表了对《德国民法典》把亲属法和继承法当作物权法和债法的下游法的体系安排的批判。我国台湾地区学者何孝元也沿着这一方向前进，谓：民法所规定者，为亲子、夫妇与家属之身份关系，以及债权债务与财产权之关系。<sup>〔27〕</sup>这一民法对象定义也是家前财后的。但日本人和何孝元仍然忽视人格，陈自强补正之，他说：民法的规范对象，除私法生活关系主体本身、权利主体与不同形态的团体外，主要涉及身份关系、

〔22〕 Cfr. Bernardo Windscheid, *Diritto delle pandette* (Vol. I), trad. it. di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, UTET, Torino, 1925, p. 41.

〔23〕 〔日〕渡边洋三：《近代市民法的基本原理》，宋海彬译，载程波主编：《湘江法律评论》第13卷，湘潭大学出版社2015年版，第61页。

〔24〕 参见〔德〕萨维尼：《当代罗马法体系I》，朱虎译，中国法制出版社2010年版，第300-301页。

〔25〕 参见王强、David Siegel：《从〈民法典〉到〈德国民法典〉》，载《河南师范大学学报》（哲学社会科学版）2016年第6期。

〔26〕 参见上海社会科学院法学研究所编译：《民法》，知识出版社1981年版，第6-18页。

〔27〕 参见何孝元著，李志鹏修订：《民法总则》，三民书局1993年版，第2页。

婚姻关系、亲子关系等与财产关系。<sup>[28]</sup> 此语中的“私法生活关系主体本身、权利主体与不同形态的团体”指的就是人格关系。

与上述思想成果平行，笔者于2001年提出以人前物后的民法对象理论取代1986年《民法通则》采用的物前人后的民法对象理论<sup>[29]</sup>并获得成功。2017年的《民法总则》第2条（即《民法典》第2条）体现了这种见解。继而，笔者又提出民法对象两个要素位置的改变应带动整个民法的体系的改变的观点<sup>[30]</sup>并得到采纳，使《民法总则》第五章对各种民事权利的列举采用人前物后的模式，取代了《民法通则》第五章的物前人后模式。由此出发，我国《民法典》在各编结构上应采用总则、人格权、婚姻家庭、继承、物权、合同、侵权责任的体系。其中，总则是涵盖人身法和财产法的一般规定；人格权、婚姻家庭、继承三编是关于人身法的规定，其中的继承编调整基于身份关系发生的财产关系，所以处于人身法与财产法之间；物权、合同、侵权责任三编是关于财产法的规定。但可能受到了一些潘得克吞体系爱好者的影响，<sup>[31]</sup> 最终采用的是总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任的七编制体系，留下未将人前物后进行到底的遗憾。如果苏教授把它批评为《民法典》体系化的失败，倒是公允之论，因为错误无需掩饰，想掩饰也掩饰不了。立法出错，学说可补，现在笔者进行的民法教学就不按照立法的体系，而按应然的体系讲授民法的全部内容。

其次是潘得克吞体系的橱窗功能。在这方面，该体系既有成功，也有失败。成功在于把盖尤斯法学阶梯体系中的大物法（包括物权法、债法和继承法）拆散。按照盖尤斯的概念，债和继承都属于无体物，这样可以把物权、债和继承统一为物法，但如此使体系的橱窗功能受损。《德国民法典》原则上拒斥无体物概念，只承认有体物，造成了大物法的崩解。所以，潘得克吞体系不过是把法学阶梯体系中物法的第二层次的结构要素提升为第一层次的结构要素而已。于是，物权法、债法和继承法成为独立的结构单元。

然而，潘得克吞体系的失败在于没有把“把手”设定过高的债法拆解为合同、侵权行为、无因管理和不当得利，而是硬为它们制定一个总则。

前文已述，苏教授认为《民法典》少了承上启下的债法总则，构成倒退。实际上，债法总则是潘得克吞体系中最站不住脚的部分。笔者从债法总则的来由谈起。

### 1. 亚里士多德提取公因式走火入魔

把合意之债和法定之债统摄于债的帽子下的做法肇始于亚里士多德，他在其《尼各马可伦理学》中提出了交往（συνάλλαγμα）的概念，把交往分为自愿的和非自愿的。<sup>[32]</sup> 前者有买、卖、

[28] 参见陈自强：《与民法学的第一次接触，不需要深交，而在于把握它的体系架构》，载 <https://www.civillaw.com.cn/bo/t/?id=36101>，最后访问时间：2021年1月21日。

[29] 参见徐国栋：《两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第21卷，金桥文化出版（香港）有限公司2001年版，第48页。

[30] 参见徐国栋：《将“人前物后”进行到底》，载《人民法治》2016年第3期。

[31] 对潘得克吞体系的赞美，例见孙宪忠：《当前我国民法典分则编纂的几点思考》，载《华东政法大学学报》2019年第5期；〔日〕加藤雅信：《从世界民法制定史的角度考察日本民法典的修正》，吴彦译，载《南京大学法律评论》2018年第2期。

[32] Cfr. Alfredo di Pietro, El regime de los contratos en el Derecho Romano. Perspectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa de los negocios, In Sandro Schipani (a cura di), Diritto Romano Comune. Mucchi Editore, Modena, Vol. 7, 1999, p. 65.

借贷、保证、借用、寄存、出租等，后者有偷窃、通奸、投毒、拉皮条、腐蚀奴隶、杀人投敌、作伪证等。前者适用交往的正义（Commutative Justice）。后者适用补偿的正义（Corrective Justice）。<sup>〔33〕</sup>如此，两种类型的交往可统一在正义的名义下。这种统一被笔者称为走火入魔，因为它连民法和刑法的界限都突破了。

## 2. 《法学阶梯》的“侵权法独立成编”

《法学阶梯》的作者盖尤斯和优士丁尼吸收了亚里士多德的“交往”概念，将之改造为民法中的债的概念，由此满足了盖尤斯提取公因式的偏好。但为两种债找到共同规则，形成所谓的债法总则，却不是那么容易的事情，因为两类债的性质差别太大，而且在量上也不成比例。契约反映人们的正常往来，人们的往来类型有多少，它的种类就有多少。而私犯反映的是人类行为的扭曲形态。“扭曲”毕竟是一种非常状态，所以种类有限。因此，他们皮里阳秋，在其《法学阶梯》中把名义上的债法总则弄成实际上的合同法总则。例如，优士丁尼《法学阶梯》第三编从第13题到第29题（中间夹杂一些与债无关的题）是债法总则，规定了债的缔结、类型、担保、代理、消灭等主题，<sup>〔34〕</sup>但它的实际内容是合同法总则，因为该部分涉及的债全部是合同之债。侵权之债处于第四编，两种债处在不同的编，昭示着第三编规定的债的一般规定不适用于侵权之债。优士丁尼将私犯之债放在第四编，主要是为了维持无体物概念的纯粹性，因为无体物只包括约定之债。可以说优士丁尼特别考虑了体系的纯粹性。从这个角度来看，在盖尤斯和优士丁尼的《法学阶梯》中，侵权法早就脱离债独立了。这是盖尤斯和优士丁尼看破亚里士多德的走火入魔而做的脱困处理。

## 3. 《法国民法典》的“法定之债独立成编”

《法学阶梯》的脱困机制为1804年《法国民法典》的立法者所借鉴，他们在该法典的第三卷“取得财产的各种方式”中规定债法。该卷第三编名为“契约或约定之债（Obligation）的一般规定”，下分六章：第一章编首规定，规定了合同的定义等问题；第二章契约有效成立的要件；第三章债的效果；第四章债的种类；第五章债的消灭；第六章债的证明与清偿证据。这些为通常的债法总则的内容，它们仅适用于契约之债。该卷的第四编是“非因约定而发生的债（Engagements）”，第一章为准契约，第二章为侵权行为与准侵权行为。<sup>〔35〕</sup>

显然，在《法国民法典》中，两种债的分立更加明显。第三卷第三编编名就是约定之债，第四编编名的意思就是法定之债（采用了“非因约定而发生的债”的表述），而且，两种债用不同的术语表述。约定之债是Obligation，法定之债是Engagements。不同于两个《法学阶梯》的是，《法国民法典》不满足于侵权法独立成编，而是让法定之债独立成编，因为无因管理和不当得利也与合同缺乏同质性。

## 4. 采用了债法总则的德国人的悔举

不知是因为未看破盖尤斯和《法国民法典》立法者的脱困机制还是因为相信提取公因式的力量无往不胜，1896年的《德国民法典》采用了涵摄约定之债和法定之债的债法总则，并导致

〔33〕 参见〔古希腊〕亚里士多德：《尼各马可伦理学》，苗力田译，中国社会科学出版社1990年版，第92页及以次。

〔34〕 参见前引〔19〕，优士丁尼书，第7-9页。

〔35〕 参见《法国民法典》（下册），罗结珍译，法律出版社2005年版，第1-3页。



《日本民法典》《韩国民法典》和《中华民国民法典》做出了同样的安排。

但德国于 20 世纪 30 年代制定的《民法典（草案）》背弃了债法总则。《民法典（草案）》的“合同与责任”编相当于传统债法，分为三章：第一章为合同与担责；第二章为责任，下分为 8 节，即第一节义务之违反，第二节履行障碍，第三节关于履行债务关系的特别规定，第四节侵权行为，第五节危险责任，第六节损害赔偿，第七节不当得利，第八节不当管理他人事务；第三章为典型合同。<sup>〔36〕</sup> 显然可见，“合同”章与“责任”章之上没有所谓的债法总则。第二章把违约责任、侵权责任、不当得利责任等规定在一起，相当于“民事责任”章。合同、侵权行为、不当得利已不被认为是债的发生根据，而被认为是责任的发生根据。

《民法典（草案）》因为德国在“二战”中的战败流产，但它否定债法总则的主张代表了当时德国主流民法学家的看法，他们的选择是对《德国民法典》采用债法总则体例的批判。现在的《德国民法典》保留债法总则，可理解为作为战胜者的盟军的强加。

#### 5. 采用了债法总则的日本人的悔举

如前所述，《日本民法典》追随《德国民法典》规定了债法总则。100 多年后的 2009 年，日本修订债法，是否保留债法总则成为一个问题。平井宜雄、北川善太郎、川井健等学者认为，债法总则主要是合同法总则，民法典若同时规定债法总则和合同总则，两者的内容大量重复，不妥。基此，参与修典的大村敦志出具了题为《关于与民法修改相关的总论问题的意见——以民法典的编制问题为中心》的意见书，主张债权编不设总则，建议将合同分则独立成编。具体而言，第三编要如此重构：第一章为债权与合同总则，第二章为各类合同，第三章为法定债权关系。如此，债法总则恢复基本上就是合同法总则的原形，另外实现了法定之债（包括侵权行为、无因管理、不当得利）的独立成章。可惜，这样的建议在 2013 年 5 月 28 日举行的日本“法制审议会民法（债权关系）部会”第 72 次会议上遭到律师界的反对，他们主张维持现状，以免法律变动造成震荡，当局者最终决定维持债法总则。<sup>〔37〕</sup> 所以，债法总则尽管在日本仍然维持，但其合理性已受到质疑。

日本人在本国做不成的事情在老挝做成了。从 1998 年开始，日本帮助老挝起草民法典，于 2018 年 12 月 6 日完成，2019 年 5 月 27 日生效。<sup>〔38〕</sup> 《老挝民法典》分为九编：第一编总则，第二编人与法人，第三编亲属，第四编物、所有权以及与物有关的权利（也有译作“物权编”的），第五编合同之债（也有译作“合同编”的），第六编非合同之债（也有译作“侵权责任编”的），

〔36〕 Vgl. Werner Schubert, Werner Schmid, Jürgen Regge (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933 - 1945 Protokolle der Ausschüsse, Walter de Gruyter & Co., Berlin, New York, 1988, S. VIII - X.

〔37〕 参见〔日〕矢泽久纯：《民法典是否有必要规定债法总则——以〈日本民法典〉的大修改和在中国的争议为线索》，载《现代法治研究》2019 年第 4 期。笔者 1991 年入职中南政法学院，教的第一门课就是债权法，先讲债法总则，然后讲与前面内容重复很多的合同法总则，讲完这些，合同分则无时间讲了，顶多讲到买卖合同。而学生在法院就业后，用得最多的就是合同分则，后来在中国政法大学学习美国老师教的美国合同法，讲的都是各种合同，感到这种方法好。现在笔者讲优士丁尼《法学阶梯》，还是感到债法的内容和合同法内容大量重复。

〔38〕 See Ministry of Justice, The First Civil Code in Laos Came into Force, available at <https://www.gov-base.info/en/> 2020 /06/04/119853, last visited on Jan. 22, 2021.

第七编担保,第八编继承,第九编最终条款。<sup>[39]</sup>这一体系基本改正了潘得克吞体系重物轻人的错误,把主体法和亲属法调到了财产法之前,对应前引日本学界的先身份关系后财产关系的民法对象定义,以及陈自强的先人格法、身份法,然后才是财产法的民法对象理解,只不过没有从以身份关系为前提的角度看待继承编,而是把它理解为所有权的死因变动。去掉债法总则,把大债法分解为合同之债与非合同之债(即侵权之债)两编,而且把担保独立成编。《老挝民法典》的上述体系,算是对潘得克吞体系缺陷的一揽子改正。

顺便指出,我国台湾地区在1994年完成了其“民法”债编的修正,但似乎无人质疑设立债法总则的正当性。<sup>[40]</sup>直到2018年,张永健才发表《告别债的概念——德国民法概念体系检讨之二》,认为把合同之债与侵权之债统合在债法下不合理。<sup>[41]</sup>非独此也,张永健还认为,作为德国民法体系基石的物债二分是奠基在债和物两个概念都过度复杂甚至自相矛盾的基础上的。民法学唯有舍弃物债二分之见,才能拨云见雾。<sup>[42]</sup>这些言论,算是一点对台湾地区设立大债法的悔举。

#### 6.《民法典》不要债法总则的缘起和理由

我国立法界早就看出了大债法的缺陷,对之磨刀霍霍。1980年8月15日完成的《中华人民共和国民法草案(征求意见稿)》采用这样的结构:第一编总则,第二编财产所有权,第三编合同,第四编劳动的报酬与奖励(主要规定知识产权诸问题),第五编损害责任,第六编财产继承。在这一结构中,合同编独立于损害责任编,两者之上无所谓债法总则。<sup>[43]</sup>

1981年7月31日的《中华人民共和国民法草案》(第三稿)中,在“征求意见稿二稿”的基础上,取消了“侵权损害的责任”编,将之纳入“民事责任”编(第七编)。<sup>[44]</sup>这个草案力图不从债,而是从责任的角度来理解损害赔偿问题。

2020年颁布的我国《民法典》则拆毁潘得克吞式民法典的债编,把它分解为“合同”“侵权责任”“人格权”三编,以准合同解决无因管理和不当得利的安排问题。

由于打散了大债法,我国《民法典》解决了债编的橱窗功能不足、两大元同质性不足的问题,吸收了法学阶梯体系的优点,在潘得克吞体系的基础上形成了新法学阶梯体系,即总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任的七编制体系。这是一个外部体系。七编制中的总则、物权、婚姻家庭、继承四编属于潘得克吞体系。《民法典》第2条和其总则编第五章对于民法两大要素的排序属于法学阶梯体系,人格权编的设立也吸取了法学阶梯体系正确宣示的价值。其中的合同、侵权责任两编是反思潘得克吞体系债编错误的结果。

这一体系不能说十全十美,例如,没有把人前物后的观念贯彻到各编排序上就是缺点,但其

[39] 入江克典「ラオス民法の概要(総論)」参照,载 <http://www.moj.go.jp/content/001300677.pdf>, 最后访问时间:2021年1月22日。

[40] 参见柳经纬:《1999:中国大陆合同法之制定与台湾民法债编修订之比较》,载《厦大法律评论》第1期,厦门大学出版社2001年版,第232页。

[41] 参见前引[8],苏永钦文。

[42] 参见张永健:《物权的关系本质——基于德国民法概念体系的检讨》,载《中外法学》2020年第3期。

[43] 参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(增订版)(中卷),北京大学出版社2020年版,第1151页及以次。

[44] 参见前引[43],何勤华、李秀清、陈颐编书,第1244页及以次。

仍是体系，是克服凌乱性的工具，没有体系的东西是一盘散沙，我国《民法典》具有十足的有机性，完全实现了体系化，而非苏教授所讲的体系化失败。

#### 四、苏教授建议的财产法典体系的缺陷

如前所述，苏教授向大陆推荐了如下他认为好的民法典体系：<sup>〔45〕</sup>

总则  
财产通则  
意定关系  
法定关系  
婚姻家庭  
继承<sup>〔46〕</sup>

苏教授在 20 多年的时间里参与台湾地区“民法”债编和物权编的修订，并申请到了为期三年的民法典研究项目。<sup>〔47〕</sup> 如上体系当是其项目研究成果的浓缩。仔细研究其各编内容，发现苏教授熟谙历来人们对潘得克吞体系的批判，他设计的这一体系代表了他对德式五编制体系的超越，但该体系又制造出更难解决的问题，仍不值得采用。

超越一：设立了一个财产通则。包括以下内容：第一题财产权；第二题财产关系；第三题行使权利、履行义务；第四题多数权利人义务人；第五题财产关系移转；第六题财产关系消灭。<sup>〔48〕</sup> 一望而知，这个“财产通则”是一般民法典有的债法总则的翻版，不过这个通则不适用于法定之债，因为这样的债被挪到“法定关系”编了。如此做，算是看出了亚里士多德的走火入魔和《德国民法典》未躲开债法总则也涵盖侵权法的陷阱的错误，值得赞许。但为何只设财产通则而不设人身通则？施莱格尔贝格（Franz Schlegelberger, 1876—1970）还主张设一个人身法通则呢！<sup>〔49〕</sup> 所以，苏教授还是认为，总则编的制度可无障碍地同时适用于人身法和财产法。在这方面，他似乎未吸收尼佩代、齐特尔曼、拉伦茨等人的反思。尼佩代（Hans Carl Nipperdey, 1859—1968）认为，总则中混杂了完全不同性质的内容。作为解决方案，他主张有关人法的部分应挪到家庭法部分，有关法律行为的规定应挪到债法的合同法中。<sup>〔50〕</sup> 恩斯特·齐特尔曼（Ernst Zitelman, 1852—1923）也认为，家庭法和继承法主要从构成要件方面来建构，而债法和物权法主要从法律后果方面来建构，两者理路不同，把它们捏到总则中，难免油水两分。<sup>〔51〕</sup> 拉伦茨（Karl Larenz, 1903—

〔45〕 这实际上是马后炮了，因为大陆的《民法典》已经颁布。

〔46〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

〔47〕 参见苏永钦：《大陆法系国家民法典编纂若干问题探讨》，载《比较法研究》2009年第4期。

〔48〕 参见前引〔8〕，苏永钦文。

〔49〕 施莱格尔贝格认为，总则是财产法的总则，应另外制定身份法的总则。〔参见陈华彬：《论我国〈民法总则（草案）〉的构造、创新与完善》，载《比较法研究》2016年第5期。〕

〔50〕 参见〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《民法典总则的功能及其限度》，陈大创译，载《中德私法研究》第10卷，北京大学出版社2014年版，第89页。

〔51〕 参见前引〔50〕，克劳斯-威廉·卡纳里斯文，第88页。

1993)更认为,婚姻和遗嘱行为具有特殊性,总则关于法律行为的规定,尤其是关于错误和法律行为生效要件的规定,不能涵盖这些行为。<sup>[52]</sup> 苏教授的专长在于财产法,<sup>[53]</sup> 所以,考虑问题基本不涉及人身法,这是一个知识结构上的可改进之处。目前,浙江大学光华法学院为了改变民法教师多有的“一头沉”的知识结构,要求讲财产法的教师也把婚姻家庭和继承法讲一遍,以便达到史尚宽那样的能写民法全书的境界,这样的尝试值得肯定。

超越二:把潘得克吞体系的物权编的部分内容和债编关于典型合同的规定整合成意定关系编。包括以下内容:第一题为意定关系的发生,认负担行为、处分行为、单方行为、合同为意定关系的发生依据;第二题为各种意定关系,包括移转财产权的、提供作为的、组织性的、设立担保、特别允诺。<sup>[54]</sup> 其中,移转财产权的意定行为中的设立人役权(例如居住权)、担保性意定行为中的设立抵押和出质,通常都被规定在物权编。这样的编排,完全实现了潘得克吞体系物权编和债编的内容重组,非常富有新意。尤其是解除了担保权与自物权的牵连关系,算是回应了以孟勤国和张素华为代表的质疑者的批评。孟勤国认为“担保物权”不是物权。理由一,物权的一般理论是从所有权概括出来的,不能很好地适用于担保物权,例如,物权的对世性、绝对性、排他性等属性只能适用于所有权;理由二,担保物权不具有物权的最终支配力,也没有用益物权那样的现实支配力,因此不配称为物权;理由三,担保物权的目的并非支配物,而是为了担保债;理由四,担保物权的本质是优先受偿权。<sup>[55]</sup> 张素华认为:担保只是一种确保债权实现的方式和手段,同一债权可以同时存在多种担保方式。担保物权作为物权编成员并不是天经地义、不容置疑的。<sup>[56]</sup> 但是,抵押权的设立不以意定行为为限,也有法定抵押权之存在,难道苏教授要把这种抵押权也纳入这一编?所以,“意定”的公因式设定得欠妥,不能包括兼具“意定”和“法定”的项目。《意大利民法典》宁愿从权利的保护手段的角度看待抵押,把三种抵押(加上了诉讼抵押)都放在权利的保护编,<sup>[57]</sup> 与其他也有权利保护功能的项放在一起,这样在逻辑上就自洽了。

超越三:把潘得克吞体系的债编中的法定之债部分加上部分物权编的规定以及个别的知识产权法的规定整合成法定关系编,其内容只有“法定关系的发生”一题。有以下发生依据:其一,基于请求权行使,含无因管理、财益上请求权、侵权行为、不当得利等子项;其二,不待请求之变动,含登记簿上之时效取得、添附(附合、混合、加工)、无主物先占、埋藏物和隐藏物发现、相邻关系、知识产权的强制许可、留置权等子项。<sup>[58]</sup> 本编的内容十分庞杂,给人“牛鬼蛇神,一锅烹之”的混杂感。与把财产通则打造为不涵摄法定之债的债法总则相应,本编包纳了法定之债的内容以及传统物权编中包括的法定取得内容,但让这三种法定之债相伴一些物权法制度,实

[52] 参见前引[50],克劳斯-威廉·卡纳里斯文,第90页。

[53] 查台湾政治大学法学院苏教授的页面,上面介绍他的研究专长是“财产法专题研究、宪法专题研究”,载 [http://www.law.nccu.edu.tw/zh\\_tw/Faculty/part\\_time/-/%E8%98%87%E6%B0%B8%E6%AC%BD-45949099](http://www.law.nccu.edu.tw/zh_tw/Faculty/part_time/-/%E8%98%87%E6%B0%B8%E6%AC%BD-45949099),最后访问时间:2021年2月3日。

[54] 参见前引[8],苏永钦文。

[55] 参见孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社2004年版,第339页及以次。

[56] 参见张素华:《论民法典分则中担保制度的独立成编》,载《法学家》2019年第6期。

[57] 参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第37页,第748页及以次。

[58] 参见前引[8],苏永钦文。



在别扭，因为一者是相对权关系，一者是绝对权关系，两者不同质。

苏教授对于潘得克吞体系的亲属编和继承编，则未做任何超越，一仍其旧。未把这两编的位置前移，未吸收何孝元、陈自强等学者对于温德沙伊德的错误民法对象理论进行纠正的成果。

## 五、结论与体系问题外质疑

综上所述，我国《民法典》并非无体系，它外在体系和内在体系兼备。在这方面王利明和方新军都做出了成功的证明。本文的价值在于，从另外的角度证明了我国《民法典》的外在体系为新法学阶梯体系。从价值宣示的角度看，该体系张扬了人文主义，摒弃了物文主义的民法观，代表了我国学界对民法认识的进步。从橱窗功能来看，它一望而知地向法的操作者、学习者和遵守者展示了民法的基本内容，可惜各编的排列未与其对象条款一致。从划界功能的角度看，它宣示着家庭法的回归以及对政治经济学民法观的抛弃和与国际私法的划界。从整体上看，它是去过度公因式提取的，尤其体现在把债法打散上。苏教授把《民法典》说成部门民法典，是不客观的。苏教授的用语独特，他理解的部门式民法典，指没有整体结构，成熟一个制定一个的民法典。<sup>〔59〕</sup>实际上，在1985年之前，我国民法典制定采用“批发”的方案，有整体的结构设计。1985年后，改采“零售”的方案，即成熟一个制定一个。但每个“一个”，都是先前的整体方案中的一编。到了2020年，九个“一个”归队，外加新设的人格权编，成为《民法典》的七个编。《民法典》此时的整体方案与1985年之前设计的总体方案大体相同。苏教授只看到了“零售”的一段，对此前的阶段可能不够了解。

苏教授之所以断言《民法典》体系化失败，还因为他只认为垂直型的体系才是体系。在这方面，《民法典》在其总则编确立了法律行为制度，该制度主要从合同制度和遗嘱制度提取公因式而成，另外规定了适用于各分则编的代理制度和时间制度，这些当属于垂直型的体系化的成果。

另外，苏教授尽管在其论文中提到了内在体系的概念，<sup>〔60〕</sup>但未注意到我国《民法典》在内在体系方面的修为，幸亏方新军在这方面大有作为。不过，笔者不赞成方新军把“合法权益受保护”列为原则，因为保护合法权利是不言自明之理。

当然，这个体系也并非无可批评。它在分则各编排序上体系违反，笔者在前文已提到了。实际上，对于总则笔者也是反对的，因为总则是难以达至的中观之上的宏观。申言之，分则各编下的各题的规定属于微观层次，每个分则编本身是对各题规定的中观概括，而总则是对各分则编的共性的概括，属于宏观层次。如此，如果各分则编的公因式提取困难，则总则编的公因式提取更困难。勉强提炼出来的总则规定经常不能从日常生活中找到依据，甚至可找到相反的依据，例如未成年子女与其父母关系的屈从性，<sup>〔61〕</sup>法律行为的样态理论与身份行为的纯粹性

〔59〕 参见前引〔47〕，苏永钦文。

〔60〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

〔61〕 参见徐国栋：《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》，载《中国法学》2011年第5期。

的矛盾的例证<sup>〔62〕</sup>等等，这些导致总则的可信性降低。所以，意大利学者里卡尔多·卡尔迪里（Riccardo Cardilli）说：如果废除不了总则，那就让它的条文越少越好。<sup>〔63〕</sup>果然，2009年的《欧洲示范民法典草案》的总则只有区区10个条文，它们都非提取公因式的结果，只是一些技术性的规定，例如，期间的计算规则。<sup>〔64〕</sup>

反观苏教授建议的体系则问题较多。首先，它被苏教授称为“大民法典”的体系，实际上只是一部“小民法典”或曰财产法典的体系，因为人身法两编在其中只起“站班”的作用，根本未成为他分析的对象。而《民法典》的体系兼考虑人身法和财产法，两者在体系化的难度上不在一个量级。

其次，从逻辑的角度看，苏教授的方案存在全称判断运用不当的问题。全称肯定判断是断定一类事物的全部对象都具有或不具有某种性质的判断，<sup>〔65〕</sup>例如，所有的天鹅都是白色的。全称肯定判断的逻辑形式是“所有S都是P”，其中，S（subject）是主词，P（predicate）是谓词，多个选言支用S1、S2、S3……表示。既然命题的效力要涵盖所有的选言支，显然的道理是：在考察完所有的选言支之前，不能下任何全称判断。不然，一旦出现一个反证，全称判断就会崩溃。例如，所有的天鹅都是白色的命题，在澳洲发现黑天鹅后就崩溃了。当苏教授把抵押纳入意定关系编、把混合纳入法定关系编的时候，他默示地下了“所有的抵押都是合同造成”“所有的混合都因侵权行为造成”两个全称判断，一旦找到一个例外，两者都会崩解。前面笔者已以法定抵押权（意大利人还加上了诉讼抵押权）的存在为第一个命题找到了例外，现在笔者证明，民法中存在大量的合意混合，尤其在商法中。例如《德国民法典》第700条规定的变例寄托，<sup>〔66〕</sup>《德国商法典》第469条规定的混合保管。<sup>〔67〕</sup>

第三，苏教授只认可垂直型的体系化，将其效用定为能帮助找法，由此主张民法典去政治化，像《德国民法典》一样“假定没有任何政策干预”，实行私法自治，把政策性的内容交给特别法。<sup>〔68〕</sup>这种观点有两个问题：其一，苏教授希望的民法典是一个装纯净私法的瓶子，其他不纯净的内容都要到民法典之外找，以至于在法定关系编，连物权的登记制度都没有，这难道是帮助找法之道吗？相反的“部门民法”才有帮助找法的功能。其二，私法自治基于18—19世纪人们对于人类的理论理性的无知而确立，而行为经济学揭开了人类理论理性的黑箱后，把完全理性、完全自治、完全自利的私法自治前提变成了三个不完全的家长制民法前提。<sup>〔69〕</sup>苏教授的一

〔62〕 参见徐国栋：《我国〈民法典〉规定的纯粹法律行为的罗马法起源、比较法沿革和本土适用》，载《河南财经政法大学学报》2021年第1期。

〔63〕 参见〔意〕里卡尔多·卡尔迪里：《民法典总则的制定及其危机》，载 <http://law.zuel.edu.cn/2015/0528/c3603a95087/page.htm>，最后访问时间：2021年1月22日。

〔64〕 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著，克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（第一卷、第二卷、第三卷），高圣平等译，法律出版社2014年版，第2页。

〔65〕 参见陈克守、刘金文主编：《逻辑学》，山东人民出版社2008年版，第42页。

〔66〕 参见《德国民法典》，陈卫佐译，法律出版社2015年版，第290页。

〔67〕 参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社2000年版，第213页。

〔68〕 参见苏永钦：《现代民法典的体系定位与建构规则——为中国的民法典工程进一言》，载《交大法学》2010年第1期。

〔69〕 参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2021年版，第423页及以次。

篇文章援引了笔者的《民法哲学》并表扬其“极具深度”，认同笔者援引行为经济学观点对理性经济人假设提出的批判。<sup>〔70〕</sup>但却未把此等批判运用于分析私法自治的基础败坏。

本文主旨是讲体系，但在研读苏教授关于民法典的诸论文中，发现一些提法非常可疑，罗列如下提请读者注意。

提法一：《德国民法典》由于其高度体系性与社经政策中立性，足以承载自由主义与社会主义体制，成为世纪民法典范。<sup>〔71〕</sup>此语一讲《德国民法典》具有社经政策中立性；二讲该民法典的此等中立性导致它虽产生于资本主义（自由主义）体制，也能在社会主义条件下适用。两“讲”皆可质疑。就“一讲”而言，《德国民法典》第138条规定违反善良风俗的法律行为无效，该条就是这部民法典的社经条款，在制定《一般平等待遇法》之前，德国主要依靠该条解决民事领域的歧视问题。<sup>〔72〕</sup>就“二讲”而言，在德国历史上，有两个“社会主义”阶段，其一是国家社会主义（Nationaler Sozialismus）阶段（即纳粹阶段），在这一阶段，德国先是局部地废除《德国民法典》的规定。1938年制定了《婚姻法》（Ehegesetz）取代《德国民法典》第1303条至第1352条之规定；同年制定了《遗嘱法》（Testamentsgesetz），废止《德国民法典》第2064条、2229条至第2264条；然后谋求整体地以《民法典（草案）》取而代之，但由于战败没有成功。<sup>〔73〕</sup>其二是东德阶段，由于被认为与共产主义之价值观不合，东德废除了《德国民法典》，1966年制定单行的亲属法，1976年制定新民法典。<sup>〔74〕</sup>由此证明，《德国民法典》并不具有苏教授所称的中立性。

提法二：人格权是每个人都能平等享有的绝对性权利，是从社会伦理直接转换的法规范，因此不待公示就自明。人格权在民法上的规定一直比较单薄，不代表任何价值上的歧视，而是源于规范需求较小。<sup>〔75〕</sup>按照这一提法，人格权似乎是天赋的，实在法无需规定。这经不起实践的检验。例如，我国《民法典》第996条确立了因违约行为导致人格权受损并遭受严重精神损害的受害人可得到精神损害赔偿制度。在确立这样的制度前，这种受害人有很多，但就是得不到精神损害赔偿。这样受到保护的人格权，并非不待公示就自明。

提法三：“二战”以后，民法典被认为过时，违反民主潮流、僵硬。当今民法典的制定被认为是国之大事的时代已经过去。<sup>〔76〕</sup>这是一个全称判断，找到一个例外就可以否定。笔者关注世界民法典制定动态多年，未发现印证苏教授这一说法的例子。反证倒是不少。东欧剧变后，前社会主义国家制定了一大批民法典，事主国都把制典当作弃旧图新的一件大事来抓。阿根廷和波多黎各不属于前社会主义国家，前者于2014年10月7日，后者于2020年3月15日制定了自己的

〔70〕 参见前引〔68〕，苏永钦文。

〔71〕 参见前引〔68〕，苏永钦文。

〔72〕 参见〔德〕马里奥·皮尤克：《德国在保护平等和反歧视方面的办法》，载 <https://wenku.baidu.com/view/a1fc4470f46527d3240ce013.html>，最后访问时间：2021年1月24日。

〔73〕 参见徐国栋：《纳粹的〈民法典〉的体系及其背后的德国民法思想的去潘得克吞化》，载《河南财经政法大学学报》2020年第1期。

〔74〕 参见陈自强、谢铭洋、詹森林、蔡明诚、戴东雄：《民法典“圣经”：〈德国民法典〉百年修正历程》，载 [https://www.sohu.com/a/166289905\\_658337](https://www.sohu.com/a/166289905_658337)，最后访问时间：2021年2月3日。

〔75〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

〔76〕 参见前引〔7〕，苏永钦文。

新民法典，经过几十年的努力乃成，因为制典被看作国之大事也！

---

**Abstract:** After the Civil Code of PRC was promulgated, academia conducted research on its internal and external systems, and determined that it had an external system consist of various civil rights and an internal system implemented by basic principles. However, Professor Su Yongqin determined that the Civil Code failed to systemize. The Civil Code adopts a new system of Institutes. The system has functions such as value declaration and window display. The system of Institutes is superior in humanistic value declaration, and the Pandect system is superior in window display. The Civil Code adopts the advantages of both systems. Our country did not adopt the Pandect system because of its logical problem of setting too high a “handle” for the book of obligation. Therefore, since the 1930s, it has been criticized and rejected by the Germans and the Japanese. Professor Su is well versed in the shortcomings of the Pandect system and suggested a six-book property code system, but the system only considers property law, which is lame, and he only recognizes the results of common factor extraction as a system. The common factors of the decision by will and the decision by law are too narrow, causing the content of each book to be more heterogeneous than homogeneity, and are unable to include objects both decided by will and law. Professor Su’s pure private law requirement to the Civil Code is inconsistent with the research result of behavioral economics on theoretical human nature, and makes it more difficult for the parties to find the law.

**Key Words:** system of Pandects, system of Institutes, new system of Institutes, humanism, autonomy of private law

---

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)