

· 部门法哲学 ·

论我国民法典编纂活动中的四个关系

费安玲

(中国政法大学法律硕士学院, 北京 100088)

摘要: 我国民法典起草工作的重新开启, 不仅是我国法治强国梦想之舟的重新扬帆启航, 更是我国法治进展中一个重要的里程碑性质的大工程。民法典的编纂需要理性思维和科学精神的支撑。在我国未来的民法典应当具有二十一世纪特质的共识之下, 我们需要将更多的精力用于提高民法典的编纂质量上。我国民法典的编纂需要首先从理论上解决如下几个重要关系, 即未来民法典与现行立法的关系、民法与商法及知识产权法的关系、民法典编纂与法学理论、司法实践与社会习惯的关系、民法典编纂独立委员会与法学家及立法工作委员会的关系。这些关系如果在理论上依然处于混沌不清的状态, 民法典编纂的质量就难以保障。

关键词: 民法典; 民法典编纂; 关系; 民法典编纂独立委员会

中图分类号: DF51

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128 (2015) 05-0097-13

2014年, 对于中国法学界尤其是民法学界而言, 注定是一个令人无法忘怀之年。在这一年, 法学界尤其是民法学界在民法典立法活动的启动、关闭与重启的过程中感受到了“谷”与“峰”的巨大差异。2013年第十二届全国人民代表大会常务委员会向社会公布了该届全国人民代表大会存续期间的《五年立法规划》。在该立法规划中, 人们未寻觅到我国民法典的相关信息。这令一直在积极准备民法典编纂的学者们感到十分失望。2014年9月, 民法学界召开了有关中国民法典编纂的研讨会, 强烈呼吁重新启动民法典的编纂工作。法学界的呼吁最终经各种通道直达我国最高领导层, 并获得高度重视。因此, 人们在其后公布的中共中央十八届三中全会的决议中, 看到了“应当编纂民法典”的内容。该决议内容给法学界打了一剂“强心针”。民法典草案的编纂活动再次重新启动。

重启我国民法典的起草, 不仅仅是法学界尤其是民法学界的学者们多年的法治强国的梦想, 更是我国法治进展中一个重要的里程碑性质的大工程。虽然梦想的实现已经初见路径。但是, 激情的持续需要理性的支撑。我国要完成一部体现二十一世纪特色的民法典, 尚有许多工作要做。笔者认为, 在制定民法典的过程中, 尚有如下几个关系需要特别关注:

收稿日期: 2015-05-20

作者简介: 费安玲 (1959-), 女, 北京人, 中国政法大学民商法学和罗马法学教授、博士生导师, 法学博士。

一、未来民法典与现行立法的关系

自“改革开放”以降,为满足社会经济发展的需要,我国陆续出台了不少民事法律规范,已经初步形成了调整民事法律关系的规范体系。但是,依然存在着民事法律规范体系的“碎片化”现象,且民事法律规范之间相互冲突、相互重复或明显遗漏的情形频频可见,导致司法机构不得不频频发布司法解释以应对之。没有立法权的司法机构发布的诸多司法解释,其内容颇具立法机构的立法解释,故此遭到社会各界的质疑和诟病。从一定角度而言,前述问题的出现正是由于我们没有体系化的民法典所导致。故而,民法典的编纂,恰得以解决我国民事法律规范立法体系“碎片化”、“冲突化”、“遗漏化”等问题。为此,我们必须正视的一个问题就是如何解决未来民法典与现行立法的关系。笔者认为,欲解决此问题,我们需要强化如下两个方面的思维。

(一) 体系化思维

1. 体系化思维之解意

在计算机极为发达的现代社会,“体系化思维”(亦称系统化思维)不是一种令人陌生的表达。美国软件领域中著名的专家杰拉尔德·温伯格,以计算机软件为分析背景,对人们如何进行体系化也就是系统化思维进行了深入研究,其撰写的《系统化思维导论》在相当长时间内成为包含我国在内的全球畅销书之一。体系化思维,是指将任何问题或分析对象都放在其所处的大系统中加以研究,从而找出解决该问题及其相关问题且适合于其所处大系统的最优解决方案。

法学领域的问题,绝大多数情况下都不是个别问题。罗马法学家们很早就告诉我们“不为罕见情况立法”。^①法律所针对的情形,应当是社会正常出现的情况而非只在某种偶然状态下出现的个别情况。因此,面对社会生活中纷繁复杂的且非个别之情况,法学思维的体系化就极为重要了。目前我国现行立法中所存在的诸如担保制度规范的重复立法以及不同立法中的担保制度规则间的相互冲突、监护制度中成人监护制度规则的严重缺失、法人制度规则的体系化思维的不到位等,均需要我们在编纂民法典的过程中加以注意。

2. 以“典”彰显的体系化思维:从法的历史之视角的观察与思考

民法以“典”的形式存在,有其历史之源。

在古汉语中,“典”有多种解释,不过比较贴近法律的解释,将“典”解释为系指记载法则、典章制度的重要典籍,例如《书·五子之歌》中有曰“有典有则,贻厥子孙”。^②^{[1]317}

法学领域,“法典”的表述源自西学东渐的影响。拉丁文中“法典(codex)”一词最初含义与我们今天使用的“书”(拉丁文“libro”)的含义相同,即指用羊皮纸折叠起来缝制的书。^③

到公元四世纪至公元五世纪,法学家们开始编纂罗马国家皇帝们的谕令,这些首次被编纂成册的谕令汇编是以羊皮纸“书”的方式出版的。最初编辑完成的是“艾尔莫塞尼亚诺法典”(Codice Ermogeniano)和“格莱高利亚诺法典”(Codice Gregoriano)。真正的第一部完整系统的皇帝谕令的编纂成果是《狄奥多西法典》(Codice Teodosiano),其产生于五世纪初的罗马帝国即公元438年。据此,“Codice”一词具有了一种法律语义色彩浓厚的新含义,即“完整、系统的法律汇编”。

^①Theodor Mommsen Recognovit, *Corpus IurisCicilisI, Instituones, Digesta.* (D. 1, 3, 5). WEIDMANN, 1993, p. 34.

^②广东、广西、湖南、河南辞源修订组、商务印书馆编辑部编《辞源》,商务印书馆2004年版,第317页;辞海编辑委员会、上海辞书出版社编《辞海》,上海辞书出版社2005年版,第334页。

^③桑德罗·斯奇巴尼《法典化及其立法手段》,丁玫译,载桑德罗·斯奇巴尼《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》,中国政法大学出版社2009年版,第53页。

其后，由优士丁尼皇帝委任的编纂委员会先后完成了三部完整的体系化的法律编纂成果——《优士丁尼法典》(codex)、《学说汇纂》(digesta)和《法学阶梯》(institutiones)。这三个成果构架了以人为设法目的之罗马法的基本内容，也是中世纪以后大陆法系(欧洲将其称为“罗马法系”)各国在编纂其民法典时学习与仿效的楷模。

不过，我们需要注意的是，虽然在罗马法中体系化思维的完整成果集中产生于公元后五世纪和六世纪时期，但是，罗马法学家有关以体系化思维编纂法律规则的思想却是产生于公元前一世纪。该世纪的法学家库伊特·穆齐^①运用分类论述方法、归纳演绎方法、系统方法等方法，对其父辈收集的前人制定的市民法规加以梳理整合，从而成为了“组创市民法”的第一人。^②当然，在罗马社会中，以体系化思维编纂法律规则的代表作当属优士丁尼的《法学阶梯》。其以四编制体例将对法的基本理解、人、婚姻、监护、物、他物权、遗嘱继承、遗赠、法定继承、债的一般规则、契约之债、侵权之债、诉讼等法律规则相当体系化地展现在人们面前。如果从优士丁尼《法学阶梯》产生年代向其之前的时代进行回溯，我们可以发现，盖尤斯^③的《法学阶梯》具有无法忽视的作用。因为，在盖尤斯的《法学阶梯》中，其以人法、物法、诉讼法^④将罗马法中私法的内容体系化地编纂在一起。尤其是该体系化的思维是将人放置在首位，从对人的关注引申出有关人的权利之规定、有关人对无的利用之规定、有关人对权利行使与限制之规定等内容。由此，“以它为榜样，后来形成了《优士丁尼法学阶梯》，据此它对许多现代法典的体系产生了影响，不断地服务于那种以人为中心并且使权利为人服务的法观念的发展”。^⑤[2]436

因此，我们可以说，民法典的编纂不是法律规则的简单汇编。法律的编纂应当是旨在通过系统的、逻辑的、科学的立法技术将相关法律规范纳入在一个较为完整的立法体系之下，形成一个完整的立法文件。相反，汇编则是按照一定体系将相关法律规则进行形式上的编辑汇总，但对立法内容的系统性、逻辑性、协调性并不强调。一言以蔽之，法律的编纂既重视规则内容又重视规则表现的形式；法律的汇编则更多关注的规则的外在表现形式。

3. 民法典编纂中体系化思维的定位

在编纂民法典的过程中，体系化思维应当定位在两个主要方面：

其一，立法观念上的体系化。我们应当确立一种立法体系化的观念，即将现行立法中有关民法的规范性内容应当进行统合在民法典中。但凡涉及民法领域的行为准则，人们均可以在民法典中找到其基本规范甚至详细规则；

其二，立法结构上的体系化。鉴于民法规范内容相当庞杂，我们不可能将全部民法规则内容都放入民法典中。笔者认为，我们可以形成民法典与单行法的立法体系架构，例如有关公司法、证券法、保险法、破产法、知识产权法等较为具体的规则可放置于单行法中。这样既可使民法典的体系具有相对完整性，同时，由于单行法的存在，可以使民法典的体量不会过于庞大，内容过于臃肿。

(二) 科学化思维

1. 科学化思维之解意

^①库伊特·穆齐(Quintus Mucius Scaevola)，公元前一世纪罗马国家的法学家，曾任职为祭司。其父亲是布布里·穆齐(Publius-Mucius Scaevola)，是公元前二世纪罗马国家的法学家，亦曾经任职祭司。

^②Theodor Mommsen Recognovit, *Corpus Iuris Civilis, Institutiones, Digesta.* (D. 1, 2, 2, 39). WEIDMANN, 1993, p. 32.

^③盖尤斯(Gaius)，公元二世纪罗马国家中著名的法学家。其所著《法学阶梯》是形成于公元六世纪、迄今依然具有巨大影响力的优士丁尼《法学阶梯》仿效蓝本。

^④盖尤斯《法学阶梯》的内容主要包括：第一编关于人(身份、婚姻、家庭)、第二编关于物(所有权、遗嘱继承)、第三编关于物(无遗嘱继承、契约之债、私犯之债)、第四编关于诉讼。

^⑤桑德罗·斯奇巴尼《〈盖尤斯法学阶梯〉汉译本前言》，黄风译，载桑德罗·斯奇巴尼《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》，中国政法大学出版社2010年版，第436页。

德国法学家康德曾经说过，法学是一门有关公正的科学。该“公正的科学所研究的对象，是由立法机构公布的一切法律的原则……”。所以，公正的科学指的是一个自然公正原则哲理的且有系统的知识。从事实际工作的法学家或立法者必须从这一门科学中推演出全部实在法的不可改变的原则。”^① 意大利的法哲学家米拉格利亚亦曾经强调“法律之为科学，乃建于理智或哲学之上，及威权或言语学之上。其为学也，所论为真，即理智也；为确，即威权也。威权为理智之一部，而非为任意，亦即确者为真之一部也。”^②[3]39

如果民法典的编纂能够实现其编纂宗旨，思维及其方式的科学化是实现该宗旨的重要路径。民法典编纂的科学化思维，是指在民法应当在为人设权的逻辑原点上，建构出人在民事活动中所涉权利之体系，在此逻辑基础和思维意念的主导下，运用法律特有的方法、措施和手段，将人、物、权利等因素依其不同特点加以思考，使民法典的编纂体现出系统化、科学化与合理化的体系。

2. 问题的提出

通过民法典编纂来剔除现行立法中广被诟病的内容，这无疑应当是进行民法典编纂的目的之一。2015年4月20日，中国法学会民法典编纂项目领导小组将其撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（征求意见稿）》（以下简称《民法总则建议稿》）公布于世，向法学理论和法律实务工作者广泛征求意见。这个《民法总则建议稿》有不少独到之处和创新之处，同时也有一些内容值得进一步商榷。例如，其一，“个体工商户和农村承包经营户”即所谓“两户”的规则是否还保留其《民法通则》中的规范模式？其二，法人的基本分类是应当回到源自罗马法的大陆法系固有的分类标准？还是坚持《民法通则》有关法人的分类标准？还是两者兼而有之？其三，法律行为的规则是否应当回归到法律行为理论的本源上去即德国法学有关法律行为的理论上？还是坚持《民法通则》中被誉为“具有中国特色”的民事行为与民事法律行为的规则？还有其他一些问题，笔者在此不一一列举。

3. 对刻意求新却非科学化思维的警惕：以“法律行为”术语争论为例

在现行民事立法中，有一些规则引发尖锐的理论争鸣，例如最典型的争论之一就是关于“法律行为”抑或“民事法律行为”术语争论的问题。在法学理论界，法理学界不少学者认为，在“法律行为”这一表述的前面，一定要按照《民法通则》的规定加以“民事”两个字，因为法律行为不仅有“民事法律行为”，还“行政法律行为”、“刑事法律行为”。^③ 但是，在民法学界，包括笔者在内，却认为关于“民事法律行为”的问题，我们需要通过民法典的编纂而进行必要的“法律行为”的归位性研究。

从学术研究的视角，我们需要指出：将“法律行为”写成“民事法律行为”且定位在“合法行为”是一个错误的理解。在此，我们仅讨论两个问题。

第一个问题：法律行为不宜定位为合法行为。

(1) 从法律行为理论与规则之萌芽状态时，其关注的核心在意思表示上而非是否合法。

法律行为的萌芽性理解来自于罗马法且仅在私法领域中。在罗马私法规范中，存在各种具体的法律行为类型，如买卖行为、租赁行为、运送行为、保管行为、立遗嘱行为等等。罗马法学家们创造了若干抽象语词，如 *negotium*（交易行为）与 *actus*（行为）、*factum*（行为、事实），但是，这

①[德] 康德 《法律哲学》，北京大学法学院译，载北京大学法学院编 《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第398页。

②[意] 米拉格利亚 《比较法哲学》，朱敏章译，长沙商务印书馆1940年版，第39页。

③在2015年5月16日-17日由吉林大学、江西财经大学和中国民法学研究会共同主办的“第七届全国部门法哲学研讨会”上，不少法理学界的同仁们在其发言中就阐述了这样的见解。

些词汇是在与其他词相结合、与之构成了一种专业术语后才具有了法律的行为之意义，例如，Negotiumgestio, Actuslegitimus。“罗马法学家在法律赋予所有一般的行为以法律效果的前提（事件和人的行为）问题上，并没有达成一个一以贯之的学术概念，由于这个原因，他们没有确定上述词语的专业术语的、协调一致的、精确的含义，而这是在中世纪和现代才完成的事情。但是罗马法学家深刻地研究了意思问题、意思的正常形成及其正确表达问题，以及由此而来的它们的可能的缺陷问题、形式问题、原因问题、无效问题、附加因素问题、解释问题、通过第三人的行为问题，他们是在对各种类型的契约（尤其是 Stipulatio [要式口约] 和买卖）、遗嘱和 Traditio（交付）进行的深入分析中完成上述研究的。”^①[2]348

（2）在德国学者研究法律行为理论过程中，德国学者在研究罗马法中的行为、意思表示等规则的过程中，将法律行为用“actusiuridicus”和“negotium iuridicum”两个拉丁文来表达这一术语。其核心在于强调行为人的意思表示，用现代人的表述即意思自治。而意思自治则强调表意人之间的平等对话的法律地位和尊重表意人之选择的法之精神。

意大利罗马法学家桑德罗·斯奇巴尼教授对法律行为理论从萌芽状态进入到渐进成熟状态有过清晰的描述“中世纪时代的法学家（注释法学派和评注法学派）和现代的法学家（西班牙的经院派法学家、自然法学派的法学家、潘得克吞学派的法学家）利用了由罗马法学家完成的这一深刻的、极为珍贵的成果，他们选择并完成了在这一成果中确定的原则和规则，他们因此完成了某些原则和规则的要点的概括或其他原则和规则的要点的集中，这样，在中世纪到现代的几个世纪中，这些体系被建构成了‘法律事实’、‘适法的法律行为’、‘不适法的法律行为’、‘法律行为’的普遍的体系化的范畴，这些范畴的最重要的规则和可能是必要的例外得到了讨论和确定。特别值得注意的是，这一工作在现代达到了成熟，在19世纪完成的这一成果，尤其强调被个人主义地考虑的人的‘自由意思’的价值。B.温德沙伊德曾把法律行为定义为‘旨在产生法律效果的私人意思表示’。后来在20世纪，法律行为被强调为以法律行为达成的利益的自我调节，在最重要的方面，它被看作是行使‘私人自治’的工具。”^②[2]349

有学者明确指出了将“法律行为”定位在“合法性”上的理论缺陷：^③

其一，从文义层面来看，“法律行为”的含义是指“以法律效力之变动为目的的行为”，或者说“以权利之得丧变更为目的的行为”，这个含义的底蕴，在于法律承认民事主体对于私人法律生活进行自治的自由。因此，从“法律”推导出“合法”，再将“法律行为”界定为“合法行为”的分析方法，是不正确的。如果将法律行为的概念界定为一种“合法”的行为，那么此种观点便蕴含着这样一个判断，即只有内容上正当的行为，才有实施上的正当性，这一判断进而将会导致对于人的自治自由本身的否定。因此，如果我们要坚持法律行为是民事主体进行私法自治的工具，那么法律行为的概念就只能建立在意思表示的基础之上。

其二，从制度层面来看，将法律行为定性为合法行为，而忽略其意思表示的要素，会导致法律制度上的逻辑混乱。由于《民法通则》将法律行为界定为“合法行为”，在主体、意思表示、标的等方面具有不法之处的行为，只能被称之为“民事行为”。而不法的意思表示行为的效力界定，本应是法律行为制度的核心问题，是该制度的重心所在，于是便出现了一个古怪的现象，即在标题为

①参见桑德罗·斯奇巴尼《〈民法大全选译·法律行为〉（I.3）汉译本说明》，徐国栋译，载桑德罗·斯奇巴尼《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》，中国政法大学出版社2010年版，第348页。

②参见桑德罗·斯奇巴尼《〈民法大全选译·法律行为〉（I.3）汉译本说明》，徐国栋译，载桑德罗·斯奇巴尼《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》，中国政法大学出版社2010年版，第349页。

③费安玲等《民法总论》，高等教育出版社2012年版，第136页。

“法律行为”的民事法律章节中，大量篇幅规定的却不是“法律行为”，而是“民事行为”，由此造成了制度明显的不协调。与此同时，在前述支持法律行为是合法行为的理由中，“只有法律行为（合法行为）才能实现当事人希冀的法律效力”的判断，也在法律制度中出现了不周延：在行为可撤销、效力待定之场合，该行为虽然具有不法之处，在《民法通则》中不能称为“法律行为”，但是在撤销权人没有撤销，或者追认权人进行追认的情况下，其依然可以发生当事人所希冀的法律后果。由此可见，将法律行为界定为合法行为，不仅将一个重要的法律范畴束之高阁而未能发挥其应有的作用，而且带来了制度内在逻辑上的冲突。

其三，从体系层面来讲，位于民法总则的法律行为概念，是民法分则各编中一系列法律概念的抽象，即前者只能来自于后者的共性。纵观民法分则，无论是合同，还是婚姻、遗嘱或其他包含意思表示要素的行为，其均包含着合法与不法两种可能。既然“合法性”并非民法分则中合同、婚姻、遗嘱等具体的意思表示行为的共性所在，那么将法律行为概念建立在合法性基础之上的观点，就是违背民法法典化的思考方法的。

第二个问题：法律行为是否还存在于公法部门之中？这是主张是否将“法律行为”前冠名“民事”两字的争议源点。

首先，我们需要对私法行为（即法律行为）与公法行为的特点进行必要的观察。

观察点之一：意思表示是否具有首位性？公法行为因特别强调其合法依据即合法性，故意思表示的首位性明显不强。相反，在私法行为中，意思表示是行为的核心和基础，没有意思表示，就没有法律行为；

观察点之二：行为的强制力程度。私法行为即法律行为本身并不具有强制力。如果行为人希望获得法律行为之强制力效力，必须要通过法院且依照相关程序进行强制执行，方可产生强制力。公法行为则本身就具有强制性，即使公法行为的实施有瑕疵，也需要通过法定程序将其效力撤销。

故而，公法行为不具有法律行为的特质，因而在公法部门，实际上并不存在我们通常所说的法律行为。也就是说，因西学东渐而传入我国的“法律行为”的表达，完全是立足于意思表示基础上，故而法律行为是民法独有的制度与规则。“事实上，在民法以外的公法领域，法律对于社会关系的调整，总体上奉行的是强制主义方法，即以代表国家一方的强制与相对人一方的服从为特点，不仅相对人一方没有根据自己意愿创制法律关系的自治空间，代表国家行使公共权力一方也根据职责的要求，其自由裁量权也与执法者的主观意愿毫无关联。尽管在民主政治、执法为民等理念的倡导下，国家公共权力受到约束，但是公法关系中强制主义的色彩是不可能消除的。正是由于在公法关系中不存在当事人的自治可言，所以法律行为这一概念在公法中不可能存在。”^①[4]136

综上所述，鉴于法律行为是民法中的独有制度与规则，故而，如果在“法律行为”术语前加上“民事”二字，完全是无意义的同义反复。在民法典编纂中应当不宜出现。

4. 法律中的定义之避免

罗马时代的法学家雅沃伦^②曾经指出“在民法中的任何定义都是危险的。事实上，很清楚的是，很少有[定义]不能被推翻的。”^③[5] 926 虽然这样的表述可能有些绝对，但是，雅沃伦的警告并非没有道理。当我们在对一个术语的认识尚无法保证已经达到完全成熟的程度，也就是说，当我们

① 费安玲等《民法总论》，高等教育出版社2012年版，第139页。

② 雅沃伦（Iavolenus）系公元一世纪罗马国家的法学家。

③ Theodor Mommsen Recognovit, Corpus IurisCicilisI, Instituones, Digesta. (D. 50, 17, 202). WEIDMANN, 1993, p. 926. 该罗马法原始文献片段的拉丁文原文: Dig. 50. 17. 202 Iavolenus 11 epist. Omnis definitio in iurecivili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit.

尚不能够将该术语所具有的内涵与外延完全通过“那些对既存理性的简短描述”^①[5]¹⁹²⁰加以体现时,最佳选择方案就是不要在法律条款中给该术语下定义,而是交给学者们去进行学理解释。

二、民法与商法、知识产权法的关系

(一) “民商合一”与“民商分立”的模式选择:百年难题

鉴于民法与商法均调整平等主体之间的法律关系,从而民法与商法共同构成了私法的基本内容。但是,民法与商法又有一定不同,其主要表现在它们各自调整的法律关系的属性不完全相同:民法调整的法律关系不仅包括交易领域中的法律关系如合同法律关系,而且有大量的人格、继承、收养、侵权法律关系等与交易无关的法律关系。商法调整的法律关系则均带有商事性质。

大凡制定民法典的国家,均面临着如何处理民法与商法关系的问题。为此,在世界上,民法典的体例主要有两大模式:一是民商合一体例,其以《法国民法典》、《德国民法典》为典型;二是民商分立体例,其以《意大利民法典》、《瑞士民法典》为典型。

在我国,自1930年的民法问世,在民法典基本体系上最终采纳了民商合一的立法体系,但是,公司法、票据法、破产法、保险法等依然单独编制。虽然我国立法史上曾经存在民商合一的立法,但是在理论上,百年以来争议不断。尤其是当民法典的编纂工作重新启动后,有关这个问题的争论日渐强化。有相当多的商法学者对民商合一的体系提出了异议,认为应当单独编制商法典,将全部有关商事活动的法律规则均纳入商法典中。

笔者认为,如果采取民商合一的民法典,将会使原本已经内容极为丰富的民法典变得极为庞大,同时也不一定能够完全解决全部的民事、商事的法律问题,因此,采用民商合一的民法典体例在实际操作上是一件相当困难的事情。但是,如果将商法的规则完全与民法分离,商事法律的适用完全与民法典分割开,也同样是不可能情况。最佳处理方案是,鉴于民商事法律关系均属于平等主体之间的关系,则可以考虑在民法典确立同样适用于商事关系的基本原则,与此同时,将商事法律规范进行单独立法。

这样立法的好处在于:一方面,能够从法律理念层面上反映出私法一元化的理念。在弘扬私主体的意思自治精神,杜绝私法领域中的特权思维等方面可以发挥出民法典的功能;另一方面,在实务操作层面上杜绝立法的粗糙或臃肿,以便使民法典与商事立法的目的均得以顺利实现。

(二) 民法与知识产权法的关系:最古老的与最现代的法律规则之融合模式的选择

关于知识产权与我国民法典的关系,在学术界一直是个颇有争议的问题。主要有两种观点:

1. “知识产权独立于民法典”的观点。^②该观点以《法国民法典》、《德国民法典》作为范式法典,并以此为参照系,认为知识产权制度不宜放置于民法典中。其主要理由如下:

从近代民法典分析,作为近代范式民法的法国民法与德国民法,其编纂活动分别完成于19世纪初叶与末期,民法典体系取材于罗马法的《法学阶梯》或《学说汇编》。但是,这些国家的知识产权早在民法典编纂之前大体就绪。专利法、商标法、著作权法等法律规范都是以单行立法的形式出现,没有将各个法律进行整合而编入民法典。这是因为无形财产具有不同于有形财产的性质,故无形财产不能与有形财产置于同一法律体系而只能置于一系列独立的、不同的体系,且无形财产

^①Theodor Mommsen *Recognovit*, *Corpus IurisCicilisI*, *Instituones*, *Digesta*. (D. 50, 17, 1). WEIDMANN, 1993, p. 920.

^②吴汉东 《知识产权制度不宜编入我国民法典》, http://wenku.baidu.com/link?url=LIVpPrRpje9dUefTBmNY5jln_JXPkxC1x3yHdNWZ6GtI50wuzSg0Arm6c2uxZs2vYYEFYQX15QivZ4TUKLV3HAtKy5AuOg_-SP_9-E1emFa, 2002年9月29日。

存在于一定期间内。此外，由于民事立法技术的原因，近代立法者也并未像构建物权体系那样，将专利权、著作权、商标权整合成一个概括的、统一的知识产权体系。总之，在近代范式民法典中，知识产权由于难以在传统的体系中与物质化的财产相融，加之立法技术的不能，知识产权终究未能以体系化的权利制度出现在近代社会的范式民法典中。而从现代法典分析，虽然20世纪以来知识产权制度有了长足的发展，基本规范不断完善，保护范围不断扩大，一体化、现代化的趋势日益明显，有一些大陆法系国家尝试将知识产权制度纳入本国的民法典，并在90年代兴起的第二次民法典编纂运动中形成高潮。例如《意大利民法典》、《荷兰民法典》、《俄罗斯民法典》等20世纪以来的有代表性的民法典，以不同的体例和方式规定了知识产权编。但是，由于知识产权的自身特性和立法技术的诸多困难，民法典难以将知识产权融入其体系之中。如果是从各类知识产权抽象出共同适用规则和若干重要制度规定在民法典中，但同时保留各专门法。这种方式在一定程度上保留了私权立法的纯洁性与形式美，但其实质意义不大，且在适用中多有不便。

此外，还有学者认为，一方面，将知识产权放置于民法典中，世界上对此没有成功的经验，并且知识产权本身已经比较完善，比较成体系了；另一方面，特别是工业产权部分，它都是靠行政授予才获得的民事权利，这是它特殊的地方，如果把知识产权放进民法典，就非有一大批行政程序条款进入民法典里，这就不成为民法典了。^①

2. “知识产权放置于民法典”的观点。该观点立足于知识产权是私权的理论基础，认为以知识产权法有其特殊性而拒绝承认它是民法一部分的观点是不能成立的。因为民法中的任何一部分内容均有自己的特殊性，但是在有特殊性的同时又存在着民法性质的共性。鉴于此，应当将知识产权放置于民法典中。^②

笔者认为，将现有的已经颁行的知识产权法的内容放置于民法典中，在立法技术的处理上具有不可操作性，因为现在已经颁行的知识产权的单行法比较多，全部放置于民法典中只能导致民法典内部体系的混乱。

我们可以考虑，将知识产权的一般规则放在民法典中，而具体规则可以放在单行法中加以规定。从立法技术角度而言，在民法典之外的以单行法形式体现的私法被称之为“特别私法”，如商法、劳动法、知识产权法等。但是，由于“特别私法”与民法系同属于权利为核心的完整体系里的内容，故而“特别私法”本身没有独立于民法之外的可能，按照德国学者看法，这一方面是因为“特别私法”没有自成一体规则基础，另一方面是因为“特别私法”与民法之间的划界缺少一种必要的、体系上的理由。^③在另外一些法典化国家所制定的二十世纪民法典内，根据对私权体系的认识，对民法典体系的思考，以及对处于发展中的知识产权的认识，将知识产权放置于民法典中，如1942年的《意大利民法典》、1992年的《荷兰民法典》。^④

笔者认为，一个国家的民法典的制定，必然反映着该国自己的经济的、文化的、法律的背景。其他国家将知识产权放置于民法典，这并不当然导致我们国家的民法典也必须这样做。反之亦然，其他国家民法典没有将知识产权放置于民法典中，也并不当然导致我们国家的民法典同样不能包括知识产权的内容。最关键的问题是我们自己对知识产权与民法典之间的关系认识。

如果我们从权利体系上去思考这个问题。应当说，既然我们从私权权利体系上无法将知识产权

^①参见郑成思教授在中国政法大学民商经济法学院举办的《民法典论坛》上的发言，载《中国法学网》<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=2295>，2002年11月26日。

^②参见中国政法大学民商经济法学院举办的《民法典论坛》上的学者发言，载《中国法学网》<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=2295>，2002年11月26日。

^③迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第16页。

^④谢怀栻《外国民商法精要》，法律出版社2002年版，第87页。

排除在私权体系之外，那么就应当考虑知识产权必须以某种形式被昭示于世，它是私权之一部分，对知识产权的法律保护，首先是私法的使命。至于刑事责任、行政责任的追究，均必须以知识产权这一私权遭到侵害为前提。

在确定知识产权也同样系民法典应当有的内容这一重要前提下，我们可以根据民法典的立法技术特点做出安排。即根据民法典的逻辑和体系，将知识产权的一般规则放置于民法典内，将对知识产权给予详细规制的单行立法内容依然独立于民法典之外，形成民法典与单行法并存之状。

总之，知识产权与民法典有着血水相溶的关系，虽然由于社会经济发展和立法技术的局限性，使得不少法典化国家的立法存在着一个现象，即充满新的法律规范内容的知识产权立法游离于民法典之外。但是，在我国欲制定的二十一世纪的民法典中，我们应当根据民法典、私权体系与立法逻辑之间的关系，做出我们自己的判断。

三、法学理论、司法实践、社会习惯与民法典编纂的关系

(一) 法学理论与民法典的编纂：皮之不存毛将焉附

将法学理论与法律编纂联系在一起的思维萌状可以追溯至古希腊。公元前 594 年的《梭伦法典》将古希腊人对国家政体、土地权利、财产继承等研究成果纳入其中。不过就法学理论研究而言，古希腊时期可能更多的不是现在我们理解的法学理论，而是带有一些规则内容的自然法哲学思维。其强调的是自然法对人类社会“自然具有普遍的约束效力。初不受成于常人的意志。”^①^{[6]2}

但是，较为成熟的将法学理论与法律编纂紧密联系在一起的行动者则显然当属于罗马社会的法学家们。如果从《十二表法》始算，罗马社会的法学家们历经一千多年的法学理论研究才形成了罗马法中最经典的内容《学说汇纂》。

表面看来《学说汇纂》是数十名法学家法学理论与法律实务研究作品的汇纂^②，但是，它实际上是罗马社会法学研究水准的整体体现：^③

一方面，罗马社会法学家们继承了古希腊的自然法哲学理念。以向罗马人解释古希腊哲学著称的西赛罗，以他十分精彩的语言，在他的《论共和国 论法律》中雄辩地阐述了流行于当时法学界的自然法思想“有一种符合人的天性的真正的法律，也可称为正直的理智，它扩散在一切人中间，它是不变的，永恒的，它命令我们应该做什么，禁止我们做坏事；不过，尽管它对好人能有效地命令他们做好事或禁止他们做坏事，它却不能命令或禁令来改变坏人。它是神的旨意，我们不能将它废除，也不允许逃避它……我们不能找一个法学家来评论它或解释它；它在罗马是这样，在雅典也是这样；它今天是这样，明天也是这样；它是唯一的，永恒的，不变的，对任何国家和任何时期都是同样的……”^④^{[7]120} 罗马社会的法学家们接受了这样的思想：自然法是理性和道德的，人们的意志无法将其进行改变。自然法要求的是秩序与和谐。

另一方面，罗马法学家们将自然法理念融入到法律规则中，形成了所有权、他物权、契约、侵权等大量极富创造性的法律制度规则。

①[美] 庞德 《庞德法学文述》，雷宾南、张文伯译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 2 页。

②在这些法学家中，最著名的就是被后世人们称为“五大法学家的盖尤斯、帕比尼安、乌尔比安、保罗和莫德斯汀，他们的学说被罗马皇帝钦定为全罗马国家的审判者应当遵循的准则。在优士丁尼《学说汇纂》中，他们的论述占据全书内容的 66% 以上。

③根据意大利罗马法学家桑德罗·斯奇巴尼教授（Sandro Schipani，1940-）的统计，在罗马史书上有记载的主要法学家有 122 名，参见桑德罗·斯奇巴尼选编《正义与法》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 77 页。

④[古罗马] 西赛罗 《论共和国 论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 120 页。

其给我们后人的启示在于，法律规则的产生，法典化思维的基础均与法学理论研究密切相连。法学理论与法律规则及其法典编纂之间的关系状态，用“皮之不存毛将焉附”加以描述是最恰当不过的。

对我国而言，法学理论水平的程度是我国法治建设的重要标志之一。民法典的编纂一定要建立在充满自由讨论与争鸣精神的法学理论的基础上。没有较为成熟的法学理论，民法典的编纂只能走向失败。

经过三十余年的“补课”，我国法学理论研究开始真正迈上了一个理论研究的新平台。在这个平台上，所谓的传统法学理论与现代法学理论相衔接，外国法学理论与中国法学理论相并存，所谓的纯粹法学理论与法律实务研究相结合，如此等等。目前的法学理论研究开始走向初步成熟阶段。这为我国民法典的编纂提供了一定基础。因此，未来的民法典应当将已经较为成熟的理论研究成果纳入其中。例如，有关法人的分类标准、合伙在民法体系上的定位、成人监护在监护制度中的确认、担保制度的整合、债的体系化规则等相当多的较为成熟的研究成果，应当在民法典编纂过程中加以吸收。那种为了坚守所谓的意识形态的主张而视法律之科学性、体系性于不顾的现象，值得反思与矫正。

（二）司法实践与民法典的编纂：整合与填补

在大陆法系国家，其立法与司法体制决定了成文法的基础性地位。但是，成文法的体制不可能令法官成为单纯的“执法机器”，相反，法官基于其法律职业人的素养、基于其对法的精神与规则的理解，在案件审判中应当有其自己的思想与判断。不过，我们看到，在我国立法以“宜粗不宜细”原则引导下所存在的大量规则粗糙不堪的情况下，由于对立法规则理解的不同，“同案不同判”的情况频频出现。我国法学界对此诟病甚多。其实，这并不是我国独有的问题，虽然不同国家各自的诱原不尽相同，但是，正如美国宪法起草人之一汉密尔顿指出的那样“我们时常看到，不仅法院不同，而且同一法院的法官意见也不一致。为了避免许多独立法院的相互矛盾的决定所必然造成的混乱，所有国家都发现必须设立一个有全面监督权的最高法院，它有权最后决定和宣布一个民法的一致规则。”^①[8]112

自上个世纪八十年代，我国法院的司法审判在立法规则与我国法律实务紧密契合的领域内做出了诸多努力，极大推进了我国经济活动的顺利发展。但是与此同时，面对着纷繁复杂的社会现象，在立法规则相当不令人满意的情况下，最高法院亦不得不通过多种路径以应对之。这就是我国最高法院为什么频频出台各种司法解释、案件指导的主要背景之一。

在民法典编纂的过程中，我们应当注意到在我国司法实践中所蕴含的丰富司法实务资源。这不仅包括最高法院为了弥补法律实施中的遗漏、不足或含糊不清所出台的许多司法解释，亦包括自2011年底开始探索的指导性案例制度所积累的司法经验与裁判要旨的提炼。它们充满着法官在司法实践中的智慧，其经过提炼必然会成为民法典中很好的内容。因此，我们不仅应当将我国在司法裁判中积累的民商事规则整合进民法典中，而且还应当确定未来的民法典之开放性特点，使得我国未来的民法典能够得到司法裁判的经验成果的必要填补。

（三）社会习惯与民法典编纂：筛选与汲取

在民法典编纂过程中，我们应当对社会习惯给予必要的关注。所谓社会习惯，是指在社会生活中长期存在的、被人们自愿遵守的非立法者颁行的行为惯例。民法典的编纂不应忽视社会生活中

①[美] 亚历山大·汉密尔顿等 《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1989年，第112页。《联邦党人文集》是十八世纪末美国著名的“批准宪法运动”的倡导者和推进者亚历山大·汉密尔顿、约翰·杰伊和詹姆斯·麦迪逊三人为了争取批准新宪法在纽约报刊上以“普布利乌斯”为合著笔名而发表的一系列的论文集。

的习惯。立法者应当深入调查社会生活中既有的民事习惯，并科学地将其纳入民法典的编纂范围内，以使我国民法典的编纂更加“接地气”，更加贴近中国现实，更多接纳国人的法律智慧。实际上，将社会习惯作为民法典的重要法源是大多数法典化国家通行的做法。

我国近代，于清朝末期、民国初期分别为当时的民法典编纂进行过两次较大规模的民事习惯和商事习惯调查活动。在当今社会，虽然由于我国处于社会转型时期，社会习惯已经发生了相当大的改变，但是，社会习惯依然是不容忽视法源之一。故而，应当广泛且深入地对社会生活中的社会习惯进行必要的调研，从一定角度看这是民法典编纂中的重要任务之一。

实际上，我国在《物权法》立法中，已经关注到社会习惯并做出了相应制度规则的安排。例如，在涉及不动产权利变动的登记制度设计中，《物权法》第十四条规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。”也就是说，涉及不动产的权利变动，以登记生效为基本规则。但是登记制度的产生系以满足“陌生人社会”对交易安全的需要为本旨。在“熟人社会”中，这样的需求并不那么重要。比如，在乡村，土地、房屋等不动产发生的物权变动基本上都发生在乡民之间。乡民们会通过“熟人社会”信息传播路径清晰地理解到该不动产的权利状态。如果非要求乡民们在涉及土地承包经营权、宅基地使用权等不动产权利变动时一定要翻山越岭地到指定机构办理登记手续，其后才产生物权变动的效力，这显然是不现实的。如此的规定，其结果只能导致人们将该规则“束之高阁”而以社会习惯加以调整之。为此，《物权法》第一百二十七条规定“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。”未采纳登记生效主义的思路。至于宅基地使用权的取得、行使和转让，根据《物权法》第一百五十三条和《土地管理法》第六十二条的规定，经乡（镇）人民政府审核且县级人民政府批准即可产生相应的物权变动。因此，在民法典编纂中，立法者应当关注到社会习惯的存在并在该立法内做出相应的规则安排。

综上所述，法学理论、司法实践、社会习惯与民法典的编纂之间，并非存在相互冲突、不可协调的关系，相反，它们彼此之间相辅相成。

四、法学家、立法工作委员会与民法典编纂独立委员会的关系

我国未来的民法典之编纂，应当不同于过去立法模式，也就是说，如果要编纂一部能够体现二十一世纪特色^①的科学的民法典，需要一个由法学家、资深法官、资深律师和有着法学素养的立法机构和政府机构官员共同构成的独立的民法典编纂委员会。

从立法史的角度而言，通过专门的编纂委员会来完成法典编纂工作并非是现代人的创造。实际上，这是产生于罗马社会早期、成熟于罗马帝国时期的一种立法传统，该传统被欧洲大陆、拉美等国家在制定民法典时所继受。通过观察欧陆国家立法史，我们可以看到：

公元前462年，罗马国家的保民官特兰提留提议将民间口口相传的法律规则编纂为成文法。该提议获得了民众和元老院的共同支持。一个由10名贵族组成的专门立法委员会成立，于公元前452-451年编成10个法律条文，经民众大会通过，元老院批准，镌刻在10块铜版上，公布在罗马广场以供民众知晓。次年即公元前450年，立法委员会的成员发生部分变动，同时又增加了两个法律条文，补充镌刻在铜版上。这就是史称的《十二表法》（Lex Duodecim Tabularum）。

^①中国民法学研究会会长王利明教授撰文并在不同的有关民法典编纂的会议上呼吁要制定体现二十一世纪特色的民法典，对此，本人十分赞同。但是，若实现之，需要切实可行的路径。

公元 528 年，罗马帝国皇帝优士丁尼（公元 527-565 年在位）任命对法律有深入研究的前宫廷财政大臣特里波尼亚和数位著名法学家组成的法典编纂委员会，对罗马国家业已存在的法律、皇帝们的谕令和批复、民众会议决议、元老院决议和法学家的解释进行法典化编纂。经过六年的编纂工作，先后完成了《优士丁尼·法典》、《学说汇纂》、《优士丁尼·法学阶梯》。为当时的民众了解法律、审判者执行法律提供了便利，更为后世的人们研究罗马法提供了丰富资料。

经过中世纪的黑暗洗礼，罗马法在欧洲大陆复兴。伴随着罗马法之复兴，罗马人以专门编纂委员会完成立法的模式也成为欧陆各国竞相学习的内容之一。《法国民法典》、《德国民法典》、《意大利民法典》、《瑞士民法典》、《荷兰民法典》等均是在专门编纂委员会（或小组）的努力下完成的立法结晶。

在我国近现代，同样存在为立法而专设机构的情况。1907 年由沈家本等熟悉法律的大臣牵头，设立了修订法律馆，进行旧法的修订同时负责起草民刑法典的工作。孙中山先生在成立中华民国后，十分关注法律编纂工作。遵循其遗愿，1929 年由傅秉常、焦易堂、史尚宽、林彬和郑毓秀（后改为王用宾）五人组成民法起草委员会，专门负责民法典的起草工作。历经十余年，民法典各编陆续颁布，史称“中华民国民法典”。

中华人民共和国成立后，中华民国立法被作为“旧法”而废除。1954 年全国人大常委会组成专门小组负责民法典起草工作并形成“民法典第一次草案”。1962 年根据毛泽东主席发出的“不仅刑法要，民法也需要”的指示，全国人大再次组成专门小组负责民法典的起草工作，于 1964 年完成了“民法典第二次草案”。1979 年全国人大常委会第三次组织专门小组进行民法典的起草工作，于 1982 年在四个草案中选定了其中之一而完成了“民法典第三次草案”。2001 年全国人大常委会第四次组织专门小组再次启动民法典的起草，并在 2002 年拿出了“民法典第四次草案”并提交到全国人大常委会上进行了审议。

虽然上述诸民法典草案，或因遭遇政治运动、或因起草匆忙内容较为粗糙而最终均无下文。但是，专门起草小组的设立和存在价值、其编纂民法典的经验与教训是不容忽视的。可惜的是，以独立小组（或委员会）的形式起草法律草案的传统在近十余年来遭到一定程度上的抛弃。对提交全国人民代表大会或其常务委员会的立法草案而言，法学家的作用多呈现为对立法草案的论证者而非草案的起草者。但是，对于一个法律术语混乱、法律体系不清、法律规则之间多有冲突的立法草案而言，论证者的努力仅起到修修补补的作用，而对于该草案的整体却难有回天之力或者其努力亦实为枉然。我们需要注意的是，法学家群体、全国人民代表大会常务委员会下设的法律工作委员会不能等同于民法典编纂委员会。

法学家是法学理论研究者，无疑，其对法学理论的熟谙程度、对法律问题的思考视角之宽域使之对法律问题的观察与分析具有独有见解，而法条表述与架构等法技术上的娴熟、超脱于各利益集团之外的相对独立性、对社会发展走向的预见力，更使其在立法活动中具有突出的优势。但是，就我国目前法学理论研究界的活动状态而言，由于受制于学术评价机制的约束，对学者进行法律实务活动的评价多为消极评价。法学研究，如同医学研究一样，属于实践性很强的学科。没有临床的医学不是真正的医学。没有法律实践支撑的法学研究，其法学理论研究难以体现社会现实。与其他国家如意大利等国家中的著名法学教授同时也是著名律师^①的情况不同，我们国内相当多的法学理论

^①在意大利，大学里著名的法学教授尤其是实体法和程序法的教授，基本上或有自己的律师事务所或是律师事务所的高级合伙人。这些教授不仅对法学有着深入的理论研究，而且有着丰富的法律实务经验。因此，在他们著作等身的同时，也是著名的大律师。

研究者^①多缺乏法律实践经历，导致其理论研究的内容或者多是国外法理和案例的翻译信息，或者是“真空实验室”般纯理论的自我推演却完全无法放入我国现实社会中。因而，对我国目前而言，由单纯的法学家组成民法典编纂委员会尚属于过于理想化的考量。

全国人民代表大会常务委员会下设的法律工作委员会是我国重要的立法工作机构。但是立法工作机构不能等同于民法典编纂委员会。因为该机构的工作人员从事的是与民法典编纂活动相关的辅助性工作，不是立法起草的适格主体，因为根据国家立法计划，该机构内设的专门科室的工作人员面临着每年要完成数部立法的任务，对这些工作人员而言，要完成这样的工作实际上是一个很苛刻的任务。立法活动不仅十分讲究专业，而且十分讲究专业研究的深入化、精细化、科学化。

作为二十一世纪的我国民法典的编纂，应当通过设立专门编纂委员会来完成这一伟大时代所赋予的历史使命。笔者认为该编纂委员会应当具有如下特征：

第一，独立性。民法典编纂委员会的成立，以完成一部科学而又完备的民法典的编纂为其要旨。该委员会应当独立进行立法活动。如果该委员会能够起草并使之得以人民代表投票通过的、充分体现法的公正与善良精神的民法典，不仅是对国家负责任，更是对公众、对社会、对历史负责任。该委员会应当在民法典的编纂中能够具有执着理念、深入研究立法工作、完善立法技术等品质。

第二，专家性。民法典编纂委员会应当由法学家、资深法官、资深律师、专家型官员等法律专家组成，其中法学家最好占有较多比例。这些法律专家不仅应当在法学理论上有着深厚造诣，而且对中国现实应当有着比较深入的了解并对国外的较为经典的立法例有一定的国际化视野。来自法学理论界和法律实务界专家们共同构成该委员会，将形成编纂委员会成员之间的信息互补，为形成科学的民法典奠定最重要的主体基础。

第三，中立性。民法典编纂委员会应当坚守立法的公允和正义。因为该编纂委员会不是某个或若干个利益集团的代表者，不能将民法典变为给某些利益主体以特权的“恶法”。

参考文献：

- [1] 广东、广西、湖南、河南辞源修订组，商务印书馆编辑部编.《辞源》[Z]. 北京：商务印书馆，2004.
- [2] [意] 桑德罗·斯奇巴尼. 桑德罗·斯奇巴尼教授文集 [C]. 北京：中国政法大学出版社，2009.
- [3] [意] 米拉格利亚. 比较法哲学 [M]. 朱敏章，译. 长沙：长沙商务印书馆，1940.
- [4] 费安玲等.《民法总论》[M]. 北京：高等教育出版社，2012.
- [5] Theodor Mommsen. Corpus IurisCicilis I, Instituciones, Digesta [M]. Hildesheim: WEIDMANN, 1993.
- [6] [美] 庞德. 庞德法学文述 [M]. 雷宾南，张文伯，译. 北京：中国政法大学出版社，2005.
- [7] [古罗马] 西赛罗. 论共和国 论法律 [M]. 王焕生，译. 北京：中国政法大学出版社，1997.
- [8] [美] 亚历山大·汉密尔顿等. 联邦党人文集 [C]. 程逢如，在汉，舒逊，译. 北京：商务印书馆，1989.

[责任编辑：乔楠]

^①近十年来，法院、检察院越来越多地聘任大学法学教授们担任法院副院长、检察院副检察长，或下设的庭（厅）的副庭（厅）长。但是，能够在法院、检察院进行兼职的学者终究呈凤毛麟角状。