

论民法典编纂中债法总则的存废

——以德国潘德克顿法学的法源思想与体系构造方法为视角

黄家镇

(西南政法大学 重庆 401120)

摘要:总分则式的民法典体例的出现与德国潘德克顿法学的法源理论和方法论有着密切关系,以萨维尼为首的德国法学家们坚信法学应当是一门科学,追求逻辑意义上的整全法源,采用提取“公因式”的方法抽象出总则和各分则中的“小总则”构造出逻辑自治、具有高度涵括性的规则体系。此种法典体例下,债法总则的存废不是一个单纯的技术问题,而是关系到民法典科学性的结构性问题。我国民法典分则草案不设债法总则对民法典的体系效益和科学性都会造成消极影响:一是法典的体系逻辑被破坏。诸分则与总则之间层层递归、相互嵌套的体系逻辑被打乱,法典结构关系变得松散;二是合同法总则立法的科学性和严谨性存在缺陷。不使用债的概念使得合同的履行、保全、变更和转让等等术语在语义和逻辑上都存在问题;三是物权请求权和法定之债需大量参照适用合同总则的规则可能导致参照的泛滥。从现有司法裁判的实证研究看,这可能导致司法适用的混乱和司法裁判的不确定性增加。

关键词:债法总则;法源;体系构造;同构压力;参照适用

中图分类号:DF522 文献标志码:A DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2018.06.04

引言

《民法总则》颁行之后,我国民法典分则各编的编纂工作正紧锣密鼓地展开,其中关于债法总则的存废问题,再一次引起各界的关注。在学界之前的

讨论中,以梁慧星、王利明、杨立新为代表的多数学者主张我国应当制定债法总则^①,也有部分学者如魏振瀛、马俊驹、覃有土等反对制定债法总则^②;学

收稿日期:2018-07-31

基金项目:国家社会科学基金项目“民法典编纂中抵押权制度的体系完善与现代化研究”(16BFX105)

作者简介:黄家镇(1977),男,四川宜宾人,西南政法大学民商法学院副教授,法学博士。

^① 主张保留债总一方的主要意见具体参见:梁慧星.我国民法典制定中的几个问题[J].法制现代化研究,2004(4):341-359;王利明.民法典的时代特征和编纂步骤[J].清华法学,2014(6):6-16;杨立新.论民法典中债法总则之存废[J].清华法学,2014(6):81-96.

^② 主张废除债总一方的主要意见具体参见:魏振瀛.债与民事责任的起源及其相互关系[J].法学家,2013(1):115-134;马俊驹、曹治国.守成与创新——对制定我国民法典的几点看法[J].法律科学,2003(5):36-48;覃有土、麻昌华.我国民法典中债法总则的存废[J].法学评论,2015(2):101-114.

界对此问题未能形成共识。而根据最新的《中华人民共和国民法典各分编(草案)》(征求意见稿),民法典分编没有设立债编和债法总则,而是分别设立合同编和侵权责任编。立法者对于这样的体例安排和内容增删损益并未作出明确的解释,加之学界之前讨论所给出的反对设立债法总则的理由也并无足够的说服力,似乎可以认为立法者仅仅将债法总则的存废看成了一个并不太重要的纯粹技术性问题。

造成这种局面的原因可能在于,人们在谈论民法法典化时,通常更倾向于谈论法典化所肩负的政治、经济、社会使命。《法国民法典》彰显了人的主体性,巩固了社会革命和文明进步的成果;《德国民法典》则是要成就“一个民族、一个国家、一部法典”的政治梦想;而上世纪90年代以来的法典化或再法典化则是服务于社会转型提出的法律变革需求,实现法律与时俱进。久而久之,有人有意无意地将法典化当成了纯粹的工具,似乎法典化的一切问题都可以归结为技术问题。由此,民法典宏观的谋篇布局也好,微观的内容增删损益也罢,都可能失去内在的逻辑标准或约束。假如果真如此,汲汲于规则优化等技术性问题的法典编纂与法律汇编恐怕也就没有什么本质区别了!这样的结论恐怕是为民法典殚精竭虑的民法人所难以接受的。

在笔者看来,在上述的政治、经济和社会目标的前提下,民法典编纂必定有着自身独立的愿景和目标,这就是对法的科学性的追求;从根本上讲,上述宏大目标的实现也离不开立法自身的科学性。19世纪德国潘德克顿法学派正是基于这种追求,致力于以科学的方法构造整全的法源;他们以数学和自然科学为榜样,遵循体系化的思路,采用提取“公因式”的构造方法来建构法学体系,最终结晶为《德国民法典》。由此,科学性标准对法典编纂构成内在约束,并以此区别于简单的法律汇编。我国此次

编纂民法典采取分两步走的策略,第一步先制定民法总则,第二步整合各分则。这种立法策略下,总则及其抽取“公因式”的立法技术将对法典编纂的后续进程产生制约作用。因此在法典的体例安排和内容选择上更注重逻辑和体系。在此一前提下,债法总则缺席恐将对民法典造成结构性影响,这种影响即使是通过微观上的技术调整或者规则优化也恐怕难以弥补。

一、德国潘德克顿法学的科学性诉求及其法源思想对民法典编纂的借鉴作用

从历史上看,编纂法典的动机一般是整理因时间流逝而变得臃肿繁杂的实证法——如《优士丁尼国法大全》,消除其中的过时规定和矛盾之处,保证法律统一并便于法律适用。而近代法典化运动除了前述实践层面的考量外,还增添了理念层面的追求:追求立法的科学性,使法律到达自然科学或者数学那样的精确性。这种理想首先是由理性自然法学家确立的,并影响到德国潘德克顿法学派。

(一) 理性自然法对潘德克顿法学的影响

1. 自然法的科学化倾向

在西欧中世纪晚期,知识界的思想氛围发生了深刻变化,自然科学领域首先开始祛魅。伽利略公开声称“宇宙这本大书是无法理解的,除非我们能够读懂它所用的语言——数学的语言。”^[1]从伽利略开始,似乎世界在整体上被数学化了。数学观念、数学方法不但在自然科学的诸学科广泛运用,而且也渗透到社会科学之中。当时很多哲学家和政治学家,如笛卡儿、斯宾诺莎、莱布尼茨、霍布斯等都对数学方法推崇备至。斯宾诺莎就说过“凡是在学识方面超群绝伦的人都一致认为:在研究和传授学问时,数学方法,即从界说、公设和公理推出结论的方法,乃是发现和传授真理最好的和最可

靠的方法。”^[2] 数学从此就成为科学的楷模。哲学家笛卡尔提出将几何学推理方法应用于所有的学科,以使所有学科都能获得像数学一样毋庸置疑的严密性、精确性和确定性。在自然科学中,牛顿将数学方法运用于物理学研究中,取得了极其辉煌的成就。

自然科学所取得的巨大成就对当时几乎所有的学科形成了强大的压力,使这些学科注重证成自身的科学性,否则将面临着被斥为非理性的危险,法学同样也不能置身于外。而将笛卡尔的大胆设想运用于法律的是德国哲学家、法学家戈特弗里德·威廉·莱布尼茨。这个被誉为“最后一个百科全书式人物”的德国人认为“将法律简化成简单的几何公式是完全可能的,因此,任何一个能识字的并能将两个思想连接在一起的人,就能做出法律上的判决”^[3]。莱布尼茨的思想对后来自然法学以及德国法学的发展产生了很大的影响。在笛卡尔和莱布尼茨哲学方法论的影响下,受牛顿发现物质世界规律的启发,人们也开始努力寻求精神世界的规律或公理。自然法学家们把那些形式多样的法律归结到几条确定的原则,作为自然法的公理^{[1]235},他们“信心百倍地开始系统阐述社会和政治关系固有的正义规则和合理规则。整个体系的精心建构旨在从几个公认的前提出发,以欧几里得般的精确性,推演出人类全部的道德义务和法律义务”^[4]。自然法开始从中世纪神学笼罩下独立出来,追求自身的科学品格。

其后,普芬多夫、托马修斯以及克里斯蒂安·沃尔夫等自然法学者将莱布尼茨的哲学思想扩张成“一种有教育意义和教学意义的私法原理体系。……他们总是以严谨的、逻辑数学的演绎从最一般的、有牢固理性法基础的基本原理中获得最具体的个别法律规定,以至于其法律制度就像是完全艺术

化分类的、系统而明确设计的建筑。”^[5] 尤其是沃尔夫,他在《自然法与民族法的基本原理》一书中,明确将法素材进行划分,区别一般性规则与特殊规则,并以如下方法来保证法律体系的和谐性:从较高的公理(普遍规则)一直到最小的细节,所有自然法的语句都应该依照无漏洞的演绎方式推论出来,并且要符合排中律规则,因此也符合几何学严格要求的证据^[6]。沃尔夫的两个学生达伊思(Joachim Georg Dajes)和内特布拉特(Daniel Nettelblatt)将沃尔夫的方法直接运用到民法学中,以总分的体例安排教科书的结构。后来,古斯塔夫·胡果(Gustav Hugo)从内特布拉特的学生彼得(Johann Stephan Pütter)那里接受了这种体例并加以改进。胡果之后,海塞尔(Georg Arnold Heise)在其1807年的著作《普通民法体系概要》中继承了胡果的划分方法,最终使得形式上的五编制成型^①。后来的萨维尼和潘德克顿法学派诸君都深受胡果和海塞尔塑造的五编制体例的影响^②。因此,德国学者维亚克尔认为“沃尔夫才是‘概念法学’或‘建构法学’的创始者,这种法学流派整个支配了由普赫塔到温德萨伊德的潘德克顿法学,乃至于安德里亚斯·冯·图尔的《总论(即《德国民法总论》——引者注)》,而且一直到今天都还保有一定的效力。假使没有沃尔夫所运用的方法的话,大概不能想象可以有——从主观权利、物权、请求权等的‘本质’推论出决定——这样的操作模式”^{[6]316}。但需要指出的是,由于在法源理论上,胡果、海塞尔与萨维尼之间

① 关于这段历史发展演变可参见: Lars Björne, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, 1984, S. 131ff.

② 参见: Mathias Schmoeckel, Joachim Rueckert, Reinhard Zimmermann, Historisch – kritischer Kommentar zum BGB 2003. Bd. 1, S. 136. 萨维尼甚至声称“胡果的《罗马法史教科书》几乎是唯一优秀的典范以及法学研究的辅助手段。其著作的先进性、方法上的价值胜于具体细节。”(参见:萨维尼法学方法论讲义与格林笔记[M]. 杨代雄译,胡晓静校,北京:法律出版社,2008:18.)

存在较大分歧,因此各方虽然在法体系形式上都采用五编制,但各自的理论基础和对法典的认知相去甚远^①。

2. 理性主义的总法典思想对立法的影响

在启蒙时代,学者们对人类的理性抱有无限的确信,以为只要大胆运用理性,人们就能把握住现在及未来世界的态势,世界就会成为一个让人感到自在和满意的地方,在法律领域构造一套完美的法律体系也并非不可能。这套法律体系将无所不包,像数学一样精密,能够给世界带来公平正义和确定性。这种启蒙自然法思想对当时的立法者产生了深刻的影响。普鲁士国王腓特烈·威廉二世认为,法典应该高度简洁、大众化而且应该囊括全部内容,以便法官只需要机械地适用法律即可。1780年的普鲁士王国内阁决议明确转述了国王的原话,“如果我……达到了我的最终目的,在法典简化之后,许多法律学者就会丧失他们充满神秘感的尊荣……”^[7]理性时代的法典编纂试图“透过体系性地穷尽安排所有的法律素材,来达成广泛的社会规划。”^[6]在这种立法思路的指导下,1794年2月5日公布的《普鲁士国家普通邦法典》(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten)条文多达17000条,内容更是试图囊括国家、社会生活的方方面面,以法律条文将其固定下来,“该法典”最终发生效用的是一种万能管理的要求,按照这种万能管理的判断,要一劳永逸、面面俱到地规定其臣民的所有生活关系”^{[5]256}。但是,这部总法典历来被认为是一部失败的作品,在立法理念上完全落后于时代的发展:仍旧试图固守普鲁士等级社会制度;在内容上不仅公私混杂,还夹杂了很多宗教教义;在立法技术上,过多地采用决疑式的法律规定,而且条文用语繁琐冗赘,太过教科书化^{[5]256-257}。一言以蔽之,在立法的科学性上存在较大缺陷。

虽然这种总法典的理想在现实中并未完全实

现,但其中包含的将法律进行体系化整理的合理成分仍对后来德国法的发展产生了较大影响:这种合理成分是,“总是以严谨的、逻辑数学的演绎从最一般的、有牢固理性法基础的基本原理中获得最具体的个别法律规定,以致于其法律制度就像是完全艺术化的分类的、系统而明确设计的建筑”^{[5]254}。德国学者拉伦茨也明确点出《德国民法典》——特别是债法编——带有非常浓厚的“几何学风格”^[8]。不过,表面的相似不代表理论逻辑的一致,后世的《德国民法典》无论如何不能仅仅被视为启蒙理性主义的产物^{[7]125},因为以萨维尼为首的历史法学派以及潘德克顿法学家们所追求的整全法源已经不同于理性自然法所追求的法条数量完备的“总法典”理念,而是另一种意义上的整全法源。

(二) 潘德克顿法学的法源思想

在经历了狂热的理性主义带来的惨痛现实之后,欧洲的思想界开始对理性自然法的法律理论进行反思,历史主义开始兴起,明确地反对普世理性主义的绝对性和普遍性,强调人类社会和法律发展中的历史性、地域性和特殊性因素。作为历史主义在法学的代表人物,萨维尼认为,“试图将一部法典规定为唯一的法源,在其中为所有可能出现的案件提前准备好相应的规定的“总法典”思路注定是徒劳的,因为实际案例的多样性是无限的;在新近制定的所有法典中人们为此而完全放弃了所有追求实质完备性的努力,没有尝试任何替代性的方案。”^{[9]21}

^① 胡果和萨维尼虽同被看作历史法学派的开创者,但胡果对萨维尼等人提倡的法的民族精神理念、法史与法教义学向“历史法学”融合等观点并不赞同,曾多次撰文严厉批评萨维尼等人。胡果尤其反对萨维尼等人研究罗马法时过于强烈的现实取向,提倡不带任何目的、如其所是地研究罗马法。(参见:格尔德·克莱因海爾扬·施罗德,九百年德意志及欧洲法学家[M],许兰,译,北京:法律出版社,2005:213以下;弗朗茨·维亚克尔,近代私法史[M],陈爱娥,黄建辉,译,上海:三联书店,2006:371.)

但如果就此断言萨维尼放弃了对法律完备性的追求也是不正确的,事实上,萨维尼从未放弃整全法典的理想。在其早期的方法论课程讲义中,他指出“按照其原初目的,法律(Gesetz)应该是完全客观的,即它应该是如此完备、整全,以至于法律的适用者不需要额外再做什么”^[10]。只不过在萨维尼看来,法律的完备性不是理性自然法追求的数量上的完备,而应当是另一种类型的完备性法源,其“可以借助几何学的技术术语来阐明。在任一三角形,都有一些确定的规定性,从这些规定性出发必然可以推导出所有剩余的规定性:借助这种推导,例如给出两边及其夹角,这个三角形就被给定了。以类似的方式,我们法律的任何部分都存在这样的规定,通过它们可以发现其他规定:我们可称它们为基本公理(die leitenden Grundsätze/leading axiom)。”^{[9]21}萨维尼认为,我们学科的所有成果均建基于对基本公理的把握之上,在历史上,“正是这种对基本公理的把握,造就了罗马法学家们的伟伦不群。对他们而言,法学中的概念和原理绝非任意妄断的产物,它们是实实在在的实体,法学家经过经年累月的精深研究而认识到其存在与谱系。他们的整个研究同样有着数学一般的确定性,可以毫不夸张地说,法学可以用他们的概念来计算。这种方法绝非个别或者少数学者所特有,它毋宁是所有人共同的财富,即便每个法学家对其运用的程度各有不同,但都在使用这种方法这一点是共同的。即使我们拥有这些法学家的所有著述,与其他文献相比,在其中我们也只能发现很少的个性,他们在一定程度上都在为同一部伟大的作品奋斗,为《学说汇纂》奠定基础的那些理念是对此不完全的反映。在罗马法学家中,法律科学的共同性有着非常深厚的基础,这有如下事实可以得到证实,他们对于这种共同性的外在手段仅赋予了微弱的价值,比如他们的定义在很大程度上并不完善,却丝毫无损于概

念的清晰与准确;相反,更为重要的、更少恣意的手段处在他们支配之下,这是一种允当的技术语言,其与法学的联系是如此紧密,以致二者构成了一个圆融不可分割的整体。”^{[9]28}故而,在萨维尼看来,构造逻辑科学意义上的完备法源体系是完全可能的,而完成这一任务最重要、最艰巨的地方正在于像罗马法学家那样辨识出法学的基本公理,然后从中推导出存在于一切法律概念和规则间的内在关联及其确切的相似程度。

对于萨维尼以及后来的普赫塔而言,寻找这种基本公理最好的去处就是以“经过中世纪法学改造的罗马法为主、融合了寺院法和习惯法的因素而形成的”欧洲普通法。对萨维尼之前的罗马法现代运用学派的法学家而言,这些文本具有权威性乃是因为他们立基于普遍的原则,以及它们已经被民情和习惯所接受,与立法一样成为了一种法源。然而,萨维尼不认为这些文本的权威是立基于普遍原则。他认为不存在普遍的原则足以明确地供法律人适用。这些文本具有权威性并在德国被接受,是因为社会接受了它们。基于同样的理由,普通法拥有统一性。萨维尼、普赫塔、温德沙伊德都将普通法视为一个“自然的整体”,温德沙伊德说道“普通法这个概念关联着一个具有极端重要性的概念:整全,即不是各部分的堆叠而是统一。”^[11]由于普通法是一个自然的整体,拥有逻辑和概念的整体,那么法律人就能从中辨识出法律公理并推导出其内在的关联。

当然,萨维尼及其后继者也没有对普通法实际存在的混乱、繁杂和矛盾视而不见。萨维尼的法学中最为突出的就是要求将“历史的”方法与“体系的”方法结合起来对法素材进行处理。前者关注每一制定法恰好得以产生的某种特定的历史处境。后者旨在将法规范以及立基于其上的法律制度的总体理解为一个融贯一致的整体。这种方法被潘

德克顿学派运用到了对普通法的整理与研究当中。至此,我们已经能清楚地发现,后来的德国私法学者提取共同规则或者公因式的体系构造思路是源自萨维尼创造体系意义上的整全法典的主张及方法路径,而将这一思路付之实现并完善的是普赫塔以及早期的耶林。

二、潘德克顿法学的体系构造方法与债法总则在法典中的身位

如前所述,在德国潘德克顿法学的法源观点中,源自萨维尼创造出的某种类型的整全法源的理念始终没有被放弃,而为这种理念付之实现提供最完整技术方案的是普赫塔和早期的耶林。在他们的技术方案中,之前已经出现的按照一般规则和特别规则划分法律知识体系的方式被赋予了逻辑上的意义,即按照逻辑抽象层级由高到低次第铺开,在其中债法的位置也就在逻辑上被限定。

(一) 普赫塔与耶林的体系构造方法

1. 普赫塔的概念金字塔构造技术

普赫塔在法源理念上追随萨维尼,同时借鉴了谢林的“有机体”观念以及浪漫主义的语言并对其进行有所发展,他的《学说汇纂》和《〈法学阶梯〉教程》两部著作将理性法的遗产转变成潘德克顿法学特有的方法原则;较之萨维尼的《当代罗马法体系》,其影响力更早且更持续久远,甚至也明显地影响到前者^{[6]387}。他在《〈法学阶梯〉教程》一书中写道:“民族法所形成的各个单独法条共在于一有机的脉络中,这一有机脉络首先源自民族精神的表达,这样这一本源统一性包括了通过其而涌现的诸法条。”^{[12]35}

在此,普赫塔事实上放弃了萨维尼提出的“有机法律关系”与“制度”等概念,从某种原则出发,按照演绎的方法向下无漏洞地创造出完整的概念金字塔。拉伦茨教授对这种构造方法作了极为细致

的描述,“位于整个金字塔顶端的‘最高’概念,凌驾于整个地基之上,俯瞰其下,一览无余——我们将这个金字塔想象为透明的。如果人们从地基攀登而上,每一步人们都会发现一个横切层(Querschicht)。从一层到另一层,这个金字塔丧失了宽度,换得了高度。宽度越宽,包含的素材越多,其所处的高度就越低,即其概观总览的可能性就越低——反之亦然。宽度与一个‘抽象’概念的内容相对应,其高度则对应其范围(即适用的范围)。当最顶端矗立着一个最普遍的概念,其余一切概念居于其下时,亦即由其能推出其他类概念和种概念,这一逻辑体系的理想就臻于完结;反之,人们从金字塔底部的任意一点出发,通过一系列的中间环节,采取放弃特殊性的方法,最终也能攀升至最高点。”^[13]维亚克尔认为,与表象相反,这种演绎的形式逻辑要求非但没有限制法律家,毋宁赋予其推演或“创造性的”建构空间,其仅受制于“内在的逻辑直观”。

2. 耶林的自然历史方法

在普赫塔之后,正是耶林将其提出的这种法体系构造方法发挥到了极致。不过,有些不同于普赫塔,耶林不是从已经被给定的实证法出发进行基本概念建构,相反,他的概念构造方法是排他性的归纳法。他给这种方法起了个专业化的名称“自然历史的方法(naturhistorische Methode)”。按此方法,个别的法律制度以及与之相关的法条要被分解为“逻辑要素”,再将这种逻辑要素提纯,然后通过将这些要素进行组合而生产出既为人们所熟悉但同时又是全新的法条。这种逻辑拆分后再次组合的成果是“科学取代了无数不同类型的法条,获得了数量有限、条理清晰的身体!由此出发再次对单独的法条进行组合。但这种方法不单局限在简化上,获得的概念不单是单纯消灭现有法条,从其出发最终还要再次将这些法条生产出来;而这种方法

更为优越之处在于,由此可以实现法条自身的繁殖、实现法条的生长。通过不同要素的组合,法科学能够形成新的概念和法条:概念是具有生殖能力的,它们自我配对并产生新的概念。”^[14]

在《占有意思论》一书中,耶林生动地展示了如何运用这种方法来说明占有构成的客观说与主观说的区别,其论述如下:“以占有(possessio)为 x ,持有(detentio)为 y ,体素(corpus)为 c ,依主观主义,占有持有共通之(心素)为 a 。依主观主义特于占有必要之意思为 d 。依客观主义,可妨碍占有之事实假定为 n 。依主观主义 $x = a + d \times c$; $y = a + c$ 。依客观主义 $x = a + c$; $y = a + c - d$ 。更进而论两说之差异曰:在主观主义由持有进而为占有,于持有加一要素而为占有。反之,在客观主义由占有退而为持有,由占有减去一要素为持有。故于诉讼欲主张占有者,在主观主义原告于 a, c 之外,须证明 d 之存在。在客观主义原告惟须证明 a, c ,被告如欲争之,应证明 n 之事实,即占有惟须有物之持有之意思,其他无须有特别之意思。”^①这种将生活事实抽象分解为最基本的形式符号,进而通过数学演算的方法来构造规范事实构成的技术方案将几何学思维对潘德克顿法学的影响表现得淋漓尽致。

不过,需要说明的是,普赫塔与早期耶林完全模仿数学和自然科学来构造体系并将其推向极端的作法倒未必符合萨维尼的初衷,甚至有可能与其相违背。萨维尼的确追求一种具有方法论意识的、体系化的法律科学,但他始终对完全抽离历史和社会的纯理性概念操作保持足够的警惕,始终强调所有法的终极源泉不是逻辑的演绎,而是直接的感受和直观(Empfindung und Anschauung)^[13]。萨维尼指出,立法者必须“呈现对有机的法律制度的整体直观”并由此出发“通过一个人为的流程形成制定法的抽象规定”因而制定法必须与其目的相适应,所以另一方面,应当适用制定法的人必须“通过一

个逆向的流程补上有机的脉络,从这一脉络出发,制定法仿佛表现了一个单独的切面”^[15]。这意味着,法律思考不应当仅仅限于一个平面之上,而应该在直观现象与概念之间不断地游走,在此直观地代表了整体,而概念和借助概念形成的规则此时只能被理解为局部片段。由此可以推断,萨维尼是不太可能认同纯粹通过概念操作来获得法条和法体系方法的。拉伦茨就曾感慨“如果萨维尼严肃对待,而其后继者也遵循这一学说的话,那么他们本可以不走上‘形式的概念法学’之路的。”^{[13]4}

(二) 债法总则在法典中的身位

在潘德克顿法学的法源思想指导下,运用其体系构造方法整理法学素材的最终成果就是逻辑上融贯一致,结构上层层递归,内容上相互嵌套的完备学理体系,而处于这一体系最前端的就是用于安放最一般性概念和规则的总则。同时,由于追求逻辑意义上法源的整全性而将提取公因式的立法技术贯穿于体系之始终,这就必然形成一种同构压力,促使各分则编的规则都层层抽象并出现“小总则”或者通则式规定,使得分编在形式上也呈现出总分的结构样态。在《德国民法典》之前德意志各邦的法典化运动中,潘德克顿学派的思想和技术被转换到法律中,总则第一次出现在成文法中并置于首部:1860年代的《萨克森民法典》和《巴伐利亚民法典》草案都出现了总则编,后者第一部分“总则(Allgemeine Bestimmungen)”的立法理由书还明确表示,立法的目标就是要创造一个整全的法源体系^{[7]153}。这些实践事实上成为了《德国民法典》起

^① 参见:史尚宽.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:528-529.耶林非常喜欢将法学比作化学,在他看来,体系化的法学是“为了寻找单体的分解的艺术!”在这一过程中,“给定的原材料(法律规则)将被蒸馏为概念”,这种法学建构使得“法从较低的凝集状态被提升为高凝集状态”。(参见:Rodulf von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erster Theil, 1852, Leipzig, S. 18ff.)

草的预演。

1. 总则式立法技术在分则中运用的总体情况

由于总则式立法技术的同构压力,分则也呈现出层层提取公因式的趋势。不过,萨维尼早就提醒,在各分则中利用提取公因式的技术空间各有不同,“在体系的特别法部分,也即债法、物权法、亲属法和继承法部分都一再出现类似的需求。但这里有一个特殊的理由可以解释为什么这种总则提取技术在债法领域比在其他所谓的基本规则领域更为重要,而且利用的空间更为广阔”因为“物权法局限于少数几个法律制度,而这些法律制度的每一个又为一些特殊的规则所支配,这些规则没有给抽象出共同规则留下太多的空间。类似的情况也存在于婚姻家庭和继承法领域,以致于在所有这些制度中借助自由意志进行的法学建构被严格地排除了。而债法领域则是另一回事。各个独立的债自身构成一个特殊部分,其数量和多样远比物权法的各项制度以及所谓的基本学说高出很多。但是,这些数量繁多、形形色色的个别之债甚至只被看作是单一的领域……当然,债法对新类型的债的形成始终保留了自由空间,借助各个时代人们的需求或者自由意志,新类型的债不断地涌现。对于这些新形成的债,最初具有决定性意义的只能是债法总则部分的基本规则,而为了能承担这一新的任务,总则也必须充分地发展自身。”^[16]

后来《德国民法典》分则的格局基本未超出萨维尼的理论框架,其起草者同样认为不动产物权和动产物权的内部差异实在太大,难以抽取能够适用于整个物权法的共同规则,不能为了要有总则而单纯在形式上“凑”出一个小总则^①。无奈之下,立法者将占有放在物权编的最前面,因为不动产物权和动产物权都可以适用占有规则;在这个意义上,占有勉强可以算作“总则”。而亲属法和继承法的情况也与物权法类似。《德国民法典》第四编亲属

编没有一般性规定,因为第一章婚姻、第二章亲属和第三章监护、法定辅助与保佐这三章内容之间差异很大,很难抽取共同性的因素,无法形成“总则”。同样的道理,第五编继承编要想在法定继承和遗嘱继承之间抽象出共同规则也是很难的,所以第五编也没有总则性质的一般性规定。

但是只要有可能,立法者在上述分则部分也没有放弃使用抽取公因式的技术。因此我们看到在物权编占有一章之后出现了适用于所有不动产权的不动产物权通则(第 873 - 902 条)以及所有权一章中所有权内容(第 903 - 924 条)、所有权保护(第 985 - 1007 条)以及共有(第 1008 - 1011 条)这些可以适用于所有类型所有权的通则性的规范。同样,亲属编第二章“亲属”的第一节就是通则(Allgemeine Vorschriften)的规定(第 1589 - 1590 条)——虽然只有两条;继承编“遗嘱”第一章第一节也是通则(第 2064 - 2086 条)。这些都是总则式立法技术造成的同构压力的明证。

2. 债法总则的形成及其在民法典中的地位

在德国潘德克顿法学之前,债法总则已经在理论及立法实践中出现,而债法一般化的趋势则可以追溯到更早的时代。在罗马法上,由于“债”这一概念的提出,债法已经开始出现抽象出一般性债规则的趋势。优士丁尼的《法学阶梯》将债定义为“债为法锁,约束我们根据我们城邦的法律偿付某物。”^[17]从位置上看,债的定义被放在第三卷的第 13 题,与之前的第二卷关于物的规定形成了对比,显示出债作为一种约束性关系与物的支配性关系的差异。同时债的定义之后是各种类型的合意之债和第四卷的法定之债,因此该定义成为了债的一

^① 《德国民法典》第一草案物权部分的起草人约霍夫(Reinhold Johow)明确表示该部分的结构划分是遵循了萨维尼的理论。(参见:Johow, Entwurf Sachenrecht I(Fn. 54) 1 - 3, siehe Mot., Bd. III 1(Mugdan, Bd. III 3) .)

般性规定的核心,其后的各种特殊之债按照不同的发生原因进行了分类排列。在此,债的一般性规则已经开始出现。1804年《法国民法典》在形式上没有债法总则,但将债的一般性规范的部分内容作为法典的小标题,例如:债的种类、债的消灭、债务及清偿的证明。1865年的《意大利民法典》在体例上受到《法国民法典》很大的影响,在第三编采用了“所有权取得的方式”作题名,但在第四章单列了一小节,名为“关于债与契约的一般性规定”,该节第一个条文(第1097条)规定了债的各种发生原因,然后逐一对各种债的发生原因进行了规定,之后规定债的种类、债的效果、债务及清偿的证明。不过,债法在这两部法典中都并没有作为一个独立的部类存在,而是被作为财产取得的“方法”而存在。债法作为一个独立的法律部类存在是由与《意大利民法典》差不多同时期的《德累斯顿债法草案》(1866年)来实现的。虽然该草案未使用债法总则的题名,但第一章的五个小节基本是债总则的内容:分别为债的本质与类型、作为债的发生原因的契约与侵权、债的效力、债的移转、债的消灭;然后第二章规定各种有名之债,随后是关于侵权的规定。可以说债法的独立化和债法总则在《德累斯顿债法草案》中基本变为现实,为后世《德国民法典》债编的编制提供了绝佳的范本。

在贯彻提取公因式的构造方法产生的体系逻辑压力之下,债法部分的构造技术也必然是一种形式的、逻辑的抽象方法。因为债法编中的合同、侵权行为、不当得利以及无因管理等类型化债关系,相互之间的差异是相当大的,要在它们之上形成总则,只能从形式上放弃各自特性,而对其共同性加以抽象,形成能够适用于所有具体债的一般性规范。这种共同性必然只能是外在形式性的。细究之下,这些法律关系有一点是共同的,即它们的法律效果在形式上是相同的,都是可针对特定义务主

体主张某种给付,亦即产生具有相对性的债权,这与属于可针对不特定主体的绝对权的物权恰好形成对照。因此,涉及这种相对权关系的一些共同要素,包括对债的主体、债的客体、债的内容、债的履行、债的救济、债的保全、债的担保、债的转移、债的消灭、债的分类等问题,可以形成一些共同性的规范。

由于方法论上的统一,《德国民法典》债法部分的内部构造争议并不大。而整个债法编在整个法典中的位置变化——主要是与物权编的相对位置——也凸显了债法总则的特殊地位。从历史角度看,潘德克顿学派诸君所撰写的教科书往往是将物法部分放在债法之前,对《德国民法典》影响极大的1863年的《萨克森民法典》也是遵循了潘德克顿教科书的体例,因此《德国民法典》对于债法编的位置安排实际上并不符合潘德克顿法学的传统。起草委员会的会议记录显示,委员会也清楚地意识到这样的变更并非是无足轻重的技术调整。第一起草委员会并没有解释这样做的理由,但在之前的1861/64年《巴伐利亚民法典》中这种变化已有先例,其立法理由由书中给出的理由是“除考虑到债法对于权利流转的重要性之外,基于以下考量,将债法前置本身也具有正当性,即私法的这一部分几乎不需要以法律体系的其他部分作为其存在前提,相反它的许多特有规则还屡屡成为最后的援引对象”^[18]。德国学界通说也认为导致这种变化的两个主要原因是:首先,19世纪的经济发展使得债法与物法之间重要性位阶发生了逆转。在18世纪,所有权作为个体权利和自由的保障,处于法律体系的中心地位;相反债法仅仅履行辅助功能,服务于所有权取得(合同法)与所有权保护(侵权法和不当得利法)^{[18]29}。但在19世纪,这种关系发生了变化,“在流通的漩涡中,所有权甚至更多地不再成为目的,而仅仅是作为手段去获得其他东西,而这些东

西又会再次重复同样的命运……对于日常的法律交往而言,债法成为民法中最为重要的部分”^[19]。物权法转而承担辅助功能,尤其是在服务于取得信用的活动时^{[18]19}。这意味着,《德国民法典》在体例安排时事实上考虑了各分则的重要性差异。第二个原因是形式方面的。《德国民法典》的起草者遵循提取公因式的方法,努力使规则按照如下规律进行安排:分则某规范的前提条件在其所处位置之前的规则群中已经被规定好了——这一格局与潘德克顿教科书的体例和逻辑完全是一致的^{[18]19}。

由此,虽然在物权、亲属、继承各编都针对归属其下的类法律关系设置了特别的规则,但逻辑上、抽象度上高于并因此可以补充这些特殊规则的若干共同规则在之前的规范群已经被规定好了。法官在进行法律适用时,找法应当首先从这些分则部分开始,当这些部分的规定不敷使用时再向更一般的规则“逃逸”。但此时找法的方向并不是直接指向总则,而是指向债法总则。例如,物权是绝对权,但物权人向特定相对人主张权利时,物权就在特定当事人间发生具体的法律效力,如果这种物权请求权的行使规则在物权法中没有详细规定,就要参照适用债权请求权的行使规则。更进一步讲,当分则部分的权利受到侵害而援用本部规范又不足以调整时,往往就转化为损害赔偿请求权,而有关损害赔偿请求权的规则是被放置在债法总则之中的。只有在债法总则的规范仍不敷适用时,才向总则“逃逸”。因此,债法总则所处的位置是比较特殊的。在逻辑上它构成总则和其他分则之间的枢纽,起到转承启合的作用,某种意义上甚至可以说它的逻辑地位比其他分则的规范“高半格”。这样的体系设置使得分则之间呈现出层层递归的态势,最终归摄于总则。

三、债法总则缺席的体系与实践后果

如前所述,总则与整全法典的愿景互为表里:整全法典不可能是数量上的,而只能是概念和体系上的,因此必然有集抽象规则的要求,不然不足以在概念和体系上无所遗漏。反过来讲,采用总则式立法技术就很难不使用抽象技术,也很难不表现出高度形式化的特征,否则总则不成其为“总”则,不足以与分则规则在逻辑上形成等级差异。不过,历史已经表明,试图借助总则式立法技术构造完备法典的初衷是不可能完全实现的。同时这种高度抽象的体系对规则的使用者提出了很高的要求,增加了法律适用的难度,因此也倍受批评。但总则体现出了立法科学化的努力,其对规则形式性、逻辑性的要求为法典编纂提供了可操作的标准,使得法典的体系划分、内容取舍都必须考虑这一内在约束机制的要求。在选择总则式法典体例的情况下,贸然取消债法总则将产生一系列的有损体系逻辑和不利于实践后果,这些后果很难通过具体规则的来克服。

(一) 债法总则缺席有损体系逻辑的后果

1. 体系逻辑的破裂

按照目前的编纂思路,债的效力、债的履行、债的变更和转让、债的消灭、债的保全、债不履行的救济等这些本属于债法总则的内容将被放到合同法总则,民法典的体例可能将为总则、物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编。这样的体例使得体系的逻辑被打乱:首先,合同编和侵权责任编自成体系,后者最为重要的责任形式——损害赔偿请求权的履行、消灭、保全等相关问题在侵权责任编草案中并未规定,其是否是当然适用合同总则的规定存在疑问。从技术上讲只能是参照或类推。这将使得诸分则与总则之间层层递归、相互嵌

套的体系逻辑被打乱,各分则之间的结构关系更加松散。其次,合同和侵权是产生权利的基础法律事实,与物权在概念逻辑上并不处于同一层次。这样一来,总则式民法典体例结构的基础——物债二分原则被打破,从形式看不出各分则排列的原则或标准是什么:各编既以权利——物权——命名,又以法律事实——合同与侵权责任——命名,还以生活事实——婚姻家庭与继承——命名。再次,关于不当得利、无因管理在《民法总则》已经有了两条规定(第121、122条),《合同编》草案第5条又进行了概括性规定,指令法官在没有关于二者规定时参照适用合同编的规定。按照这样的立法规定,在裁判这两类案件时应该先适用《民法总则》的规定,在其无规定时再参照适用合同编的规定。鉴于《民法总则》的相关条文数量显然不足——《德国民法典》用了11个条文来调整这两种法律关系——不仅未改变一直以来我国债法中关于不当得利和无因管理两类债规定薄弱的状况^[20],而且还使得法官在找法时徒增烦扰:在涉及这两类关系时,法官进入本来被作为最后找法方向的《民法总则》后反而还要再次向《合同法》总则“寻法”!

2. 合同编总则的科学性和体系性不足

合同编总则很多规定在语义和逻辑上是欠科学的。由于《民法总则》比较详细地规定了法律行为,为避免立法的叠加重复,《合同编》草案大幅减少了涉及合同效力的欺诈、胁迫、乘人之危等意思表示瑕疵的相关规定,但保留了原属债总的大部分内容。当年我国在制定《合同法》时没有债法总则,《民法通则》也没有较为详细的债的一般规定,因而立法机关决定在《合同法》总则中将债法总则的内容尽量写进去,以满足司法实践的需要;这本是权宜之计。而现在民法典分则草案不设债法总则,债的效力、债的履行、债的变更和转让、债的消灭、债的保全等规定在合同编总则仍被命名为合同的效

力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的权利义务终止和合同的保全,实质上还是保留了债的一般性规则,有的学者所主张的节约法律条文的效果并不明显。而且上述篇章的概念是欠科学的,因为不管这里将合同理解为一种法律行为、一种法律关系还是一个文本,将其与后面的若干动名词联结在语义上和逻辑上都是不通畅的,当事人履行的只能是债务,同理变更、转让或者保全的,也只能是债权债务。汉语日常用语泛称缺陷“履行合同”也许无伤大雅,但作为立法,法律用语的最基本要求是语义和逻辑上的科学性、严谨性。

(二) 债法总则缺席不利于实践

债法总则缺席的实践后果可以概括为可能导致参照或类推的滥用,法律适用程序由此变得更为复杂。而这本是学界指责《德国民法典》规则设计缺陷的重要论据,现在看来我国民法典在这方面恐怕要引以为鉴。

首先在《德国民法典》的体例下,债编位于物权编之前,物权请求权的行使首先适用物权编的规定,没有规定时参照适用债编总则的规定,最后是适用民法总则的规定,这在逻辑上是很通畅的。德国民法典的起草者在立法理由书中也明确指出:“只要物权请求权针对特定人主张并要求其履行给付,即具有与债类似的特征。这种相似性使得将债法总则的规定适用于针对特定当事人行使的物权请求权具有了正当性。”^[21]而现行民法典分则草案不设债法总则,物权请求权的行使在《物权编》规定不足时,按理说只能向总则“逃逸”,但总则中显然没有关于请求权行使的具体规定,只有权利行使的原则性规定,只能类推适用合同编中的一般性债权请求权的行使规则。其次,在设置债法编和债法总则的民法典体例之下,债法总则的规定当然适用于其下的分则制度。而现在合同编和侵权责任编独立成编,不当得利和无因管理两项制度的规则被置于

总则 被置于合同编总则部分的一般性债规则对其他编的制度不属于当然适用,而只能是参照适用。参照本质上是类推,只不过是立法者明确指定法律适用者类推。在债法总则的体例下,本属当然适用的规则,现在却变成了参照适用或类推,由于类推需要特别阐述理由,这无疑增加了法官说理负担。

当一部法典中大量制度的运行规则需要依靠参照或类推来完成时,法律适用的复杂性和不确定性就会大幅攀升。因为参照或类推的关键首先在于相似性的认定,在此,法官享有较大的自由裁量权,其对两类案型的认知对法律适用和裁判结果影响极大,而这又难免受到法官自身诸多因素的影响,有可能导致“同类案件不同裁判”现象的增多,从而威胁司法统一。其次,即便法官认定两类型相似可以参照,但由于参照并非当然适用,其预设了两类案件在本质上是不同的,因此被参照的规范的构成要件并不能全部直接适用于待决案件,从而需要法官权衡斟酌,进行取舍。从现有的实证研究来看,参照性法条在实践中的适用情况并不乐观。有学者统计了司法裁判中常见的对《合同法》174条的参照适用情况,所涉及的这些判决大多具有较明显的缺陷,尤其是法院的说理太过于简单,难免有裁判恣意之嫌^[22]。

而《物权法》中适用频率最高的参照条款——即关于善意取得的第106条——的司法实践中同样存在类似的问题。由于他物权中的担保物权与所有权的法律结构存在显著差异,所有权善意取得的构成要件无法直接适用于担保物权,这就需要法官对构成要件进行重新构造和解释,因此可能出现的问题会更多。仅以动产抵押权的参照适用为例,笔者以2007年-2017年为起止时间,以“动产抵押权善意取得”为关键词,在“北大法宝”“中国裁判文书网”进行检索,共获得相关案例100余件,除去重

复案件,有效样本为67件,其中特殊动产抵押权善意取得12件,一般动产抵押权善意取得55件。在这些案例中,裁判文书对构成要件审查差别很大,31份裁判文书只审查了善意要件^①、1份裁判文书只审查了登记要件^②、12份裁判文书审查了善意和登记要件^③、5份裁判文书只审查了善意和对价要件^④、6份裁判文书审查了善意、登记和对价要件^⑤、3份判决书径直以主合同无效否定善意取得^⑥、5份判决书以抵押权合同无效或不成立否定善意取得^⑦、还有4份判决书未说理^⑧。即便不考虑个案案

① 判决书案号如下:(2017)粤01民终5310号、(2017)浙04民终167号、(2016)闽01民终5455号、(2017)苏0509民再1号、(2015)嘉盐商初字第1214号、(2016)浙08民终00096号、(2016)冀09民终315号、(2016)浙0411民初3023号、(2015)浙嘉撤终字第6号、(2014)高商重字第6号、(2015)浦民六(商)初字第787号、(2015)淄商终字第390号、(2015)咸中民终字第01049号、(2015)园商初字第01723号、(2015)浙杭执异终字第9号、(2015)浙嘉商终字第93号、(2014)旌法执异字第17号、(2014)常执异字第24号、(2013)金商初字第0498号、(2012)浙衢民终字第504号、(2012)苏中商终字第0447号、(2014)吴江商初字第0245号、(2014)乐民终字第1097号、(2014)常民二初字第14号、(2014)吴江商初字第0569号、(2015)滨中商终字第76号、(2015)柳民终初字第660号、(2016)浙0523民初1811号、(2017)浙08民终251号、(2017)沪01民终3883号、(2012)衢柯花商初字第189号。

② 参见:(2015)桂民四终字第48号判决书。

③ 参见:判决书(2016)苏0612民初7870号、(2015)吴江商初字第2192号、(2015)涟商初字第00353号、(2015)珠中法民二终字第284号、(2014)青民一终字第2364号、(2013)熟商初字第1287号、(2010)昆民四初字第33号、(2010)沪一中民四(商)终字第1669号、(2014)湘高法民二终字第110号、(2014)溧商初字第383号、(2014)郑民四终字第1086号、(2015)顺庆民初字第358号。

④ 参见:判决书(2017)吉0284民初740号、(2015)穗中法金民终字第1101号、(2014)宁商终字第1398号、(2014)舟贷商初字第16号、(2015)粤高法民二终字第980号。

⑤ 参见:判决书(2016)吉民终291号、(2015)浙舟商终字第70号、(2015)苏中商终字第00006号、(2015)长民二初字第17号、(2013)高商初字第182号、(2014)辽民三终字第212号。

⑥ 参见:判决书(2014)泾民初字第01760号、(2014)杭建商初字第1231号、(2014)绍虞商初字第913号。

⑦ 参见:判决书(2015)吴江商初字第0961号、(2015)黄龙民初字第00023号、(2014)甬北商初字第191号、(2014)浙舟商终字第96号、(2014)沧民终字第2990号。

⑧ 参见:判决书(2014)杭柯执异初字第2号、(2015)扬执异字第00014号、(2015)佛中法执异字第56号、(2014)并研民初字第409号。

情的差异,同类案件的判决对法条构成要件的斟酌之所以呈现出如此大的差异,恐怕不能完全归结于法官的学识水平问题,条文本身设置的科学性也值得反思^①。这还只是个别条文的参照,如果按照现有立法构想,未来涉及的可能就是规范群的整体参照或者类推,以现有的裁判状况,后果真有些难以设想,由此带来的裁判不确定、不统一的问题,完全可能反过来引发对民法典立法科学性的质疑。

四、结语

债法总则在民法典中的存与废并不是一个单纯的技术性问题,而是涉及立法和法典体系科学性的结构性问题。也许有人认为,没有债法总则并不会对司法实践造成多大影响,那我们同样可以说没有民法典,也可能不会对司法构成根本性的影响。民法典的编纂与我们的立法愿景和对民法典的认知紧密相关,就好比一个人想从南方的甲城市去北方的乙城市,那么方向就是最关键的结构性问题,而选择什么工具只是技术性问题,如果他选择朝南走,工具越便捷,比如搭乘飞机,背离目标的速度更快;如果他朝北走,哪怕工具不够便捷,但始终是离目标越来越近!编纂一部能够比肩经典民法典、甚至实现超越的中国民法典是我国法律人的梦想,包括立法者在内的法律人不应仅仅满足于在技术细节上为法条润色修补,更应根据科学立法的要求,将民法典的科学性、体系性、逻辑性展现出来。债法总则的设立将使得民法典的体系更加科学合理,也将便于司法实践,为司法统一提供更坚实的规则保障。因此,在选择总分则式的法典体例这一法典编纂路径之下,由于债法总则在整个体系中处于枢纽地位,如果废除债法总则,恐将对法典体系完整性造成不良影响,而这无法从规则优化的技术层面加以弥补,同时还可能会给法律适用造成较大的困

难。^[ML]

参考文献:

[1] E·卡西勒.启蒙哲学[M].顾伟铭,杨光仲,郑楚宣,译.济南:山东人民出版社,1998:2.

[2] 斯宾诺莎.笛卡尔哲学原理[M].王荫庭,等,译.北京:商务印书馆,1980:35.

[3] 弗兰克.法律与现代精神[M].1949:5.转引自沈宗灵.现代西方法理学[M].北京:北京大学出版社,1992:329.

[4] 爱德华·S·考文.美国宪法的高级法背景[M].强世功,译.北京:生活·读书·新知三联书店,1996:60.

[5] 康拉德·茨威格特,海因·克茨.比较法总论[M].潘汉典,译.贵阳:贵州人民出版社,1992:224-245.

[6] 弗朗茨·维亚克尔.近代私法史[M].陈爱娥,黄建辉,译.上海:三联书店,2006:315.引文依据原文略有调整.

[7] Mathisa Schmoekkel, Joachim Rueckert, Reinhard Zimmermann, Historisch - kritischer Kommentar zum BGB [M]. Bd. I. Mohr Siebeck 2003:316.

[8] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts [M], Bd. 1: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 36.

[9] Savigny. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft [M]. 1814.

[10] 萨维尼法学方法论讲义与格林笔记[M].杨代雄,胡晓静,译.胡晓静,校.北京:法律出版社,2008:71.

[11] Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts [M]. Bd. I 6. Aufl. § 1.

[12] Georg Friedrich Puchta, Cursus der Institutionen [M]. Vol. 1. (Leipzig 1841), § 3 S. 35.

[13] Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft [M]. (6, neu bearbeitete Auflage), Springer - Verlag Berlin

^① 同样的问题在不动产抵押权善意取得案件中依然存在,限于篇幅,本文无法一一例证,将另文讨论。

Heiderburg GmbH, 1991: 20.

[14] Rodulf von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Erster Theil [M]. 1852, Leipzig, S. 29.

[15] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* [M]. I, 1840, S. 44.

[16] Savigny, *Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts* [M]. S. 2.

[17] 优士丁尼. *法学阶梯* [M]. 徐国栋译. 阿尔特鲁奇、纪蔚民校. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 343.

[18] Motive – BayE. VI(ND 1973, S. 302). HKK/Ralf

Mischaels [M]. Bd II. Mohr Siebeck, 2008: 18.

[19] Georg Friedrich Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht* [M]. Bd. II, 4. Aufl. Leipzig 1855, 1f. (§ 218).

[20] 崔建远. 中国债法的现状与未来 [J]. *法律科学*, 2013(1) : 135.

[21] Motiv III, 398f. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* [M]. Band 2, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, S. 7.

[22] 易军. 买卖合同之规定准用于其他有偿合同 [J]. *法学研究*, 2016(1) : 88 – 109.

On the Existence or Abolition of General Rules of Obligation Law of Civil Code: From the Perspective of the Thought of Legal Source and the Method of System Construction of German Pandect Law

HUANG Jia-zhen

(Civil and Commercial Law School, Southwest University of
Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The appearance of the Civil Code closely relates to legal source theory and methodology of German Pandect jurisprudence. The German jurists, led by Savigny, firmly believe that law should be a science, logically and wholly pursuing source of law. It adopts the method of extracting polynomials to abstract “small general principles” between general rules and specific rules and constructs a consistently logical and highly general rule system. Based on the code, existence or abolition of general rules of Obligation Law is not a simply technical problem, but a structural problem relating to scientificity of Civil Code. Absence of general rules of Obligation Law of Civil Code has a negative effect on the systematic benefits and scientificity: Firstly, systematic logic of the code is destroyed. Progressive and mutually integrating logic between general and specific rules is disturbed, and structural relationship of the code becomes looser; Secondly, scientificity and preciseness of the legislation of general rules of Contract Law is defective. The non-use of concept of debt makes performances, guarantees, alterations and assignments of contracts remains defective semantically and logically; Thirdly, claim of real right as well as legal debt's excessive reference to application of general rules of contract may lead to the flooding reference. From the current empirical study of judicial adjudication, this may lead to the confusion of judicial application and increase of the uncertainty of judicial adjudication.

Key Words: general rules of Obligation Law; source of law; systematic structure; isomorphic pressure

本文责任编辑: 林士平