

内在体系外显与民法典体系 融贯性的实现

对《民法总则》基本原则规定的评论

方新军^{*}

摘 要 从比较法上观察,在民法典总则中列举基本原则并不是一种常态。我国《民法总则》对基本原则的列举更多地是对社会主义国家立法传统的延续。尽管立法者可能没有明确的意识,但是这种立法例和内在体系的外显、体系融贯性的要求存在紧密的关联。上述两种理论的出现时间有先后的差异,理论基础也有区别,但是共同的目标均是对概念法学僵硬性的克服,从而为法官解决疑难案件提供更多的价值指引。在《民法总则》中列举基本原则只是内在体系外显和体系融贯性追求的第一步,更加重要的工作是对这些原则相互之间的关系、价值排序、可能的动态体系化进行深入的研究。在随后的民法典编纂过程中应尽可能地将基本原则的价值理念在具体规则中体现出来,这是实现法典体系融贯性的关键。

关 键 词 基本原则 内在体系 外在体系 融贯性 规范获取

一、历史由来

《民法总则》第一章“基本规定”共有 12 个条文,可以分为四个主题。①立法目的(第 1 条);②调整对象(第 2 条);③基本原则(第 3——9 条);④法律渊源(第 10——12 条)。其中共列举了合法权益受保护原则、平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、合法原则、公序良

^{*} 苏州大学王健法学院教授。本文是国家社科基金重点项目“民法典编纂技术问题研究”(批准号:14AZD143)的阶段性的成果。

俗原则、绿色原则等8项基本原则。

《民法总则》的立法例是对《民法通则》的延续和完善。第一,合法权益受保护原则源自《民法通则》第5条;第二,合法原则源自《民法通则》第6条,但是删除了“应当遵守国家政策”的规定;第三,拆解《民法通则》第4条,将自愿、公平、诚实信用原则单列为独立的条文,删除等价有偿原则。这种拆解和删除在《合同法》中已经完成。第四,将《民法通则》第7条中的“尊重社会公德、不得损害社会公共利益,扰乱社会经济秩序”修改为“公序良俗”,从而更加符合传统大陆法系的表述。第五,增加了绿色原则,该原则源自于《绿色民法典草案》的第9条。^{〔1〕}

《民法通则》的立法例源自于《苏俄民法典》。自1922年《苏俄民法典》以来,社会主义国家的民法典在总则的第一章对各种基本原则进行列举已经成为惯例。尽管很多基本原则只是政治意识形态的宣示,但是这种立法例被认为是社会主义民法典的重大特色。^{〔2〕}即使在某些国家改弦更张以后,在民法典中具体列举各类基本原则仍然处于常态。《俄罗斯联邦民法典》仍然对各类法律原则进行了详细列举(第1条),根据学者的归纳共有8项原则。^{〔3〕}我国自1955年《民法总则草稿》以来,历次的草稿在总则的第一章规定“基本原则”成为一种惯例,但是仔细观察能够发现社会主义意识形态方面的内容逐渐减少,符合民法传统的基本原则内容开始增多。^{〔4〕}

有学者指出,这种源自《民法通则》的立法例实际上是把“一般法律思想”与“概括条款”混而为一,诚实信用和公序良俗属于具有裁判功能的概括条款,其余的都属于没有裁判功能的一般法律思想。民法总则不应再于法典伊始集中规定基本原则,也不应再将一般法律思想明文化。概括条款应当各归其位,放在各自的适用领域之中。诚实信用的核心功能是规制权利的行使,故应将其放在总则编“权利的行使”章中,公序良俗的核心功能是否定法律行为效力,故应将其放在总则编法律行为章“无效”一节。^{〔5〕}

如果从比较法的层面进行观察,在民法典中设置总则的立法例起源于德国,但是在《德国民法典》(以下简称德民)中确实不存在关于基本原则的规定,其直接从关于“人”的规定开始。在体例上追随德国的《日本民法典》(以下简称日民)在最初的版本中与德民完全一致,台湾地区“民法典”增加了“法例”一章,主要是关于法律渊源和法律解释的规定,未见关于基本原则的列举。因此,对于在《民法总则》中列举各类基本原则究竟有何意义的问题,确实值得进一步的反思。

〔1〕 参见徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第4页。

〔2〕 参见(苏)苏哈诺夫:“社会主义民法典体系”,载《外国民法资料选编》,法律出版社1983年版,第151页。

〔3〕 参见(俄)E.A.苏哈诺夫:《俄罗斯民法》(第1册),中国政法大学出版社2011年版,第35页。《越南社会主义共和国民法典》第4—12条共列举了9个法律原则,《土库曼斯坦民法典》基本沿袭了《俄罗斯联邦民法典》的立法例。

〔4〕 参见何勤华等编:《新中国民法典草案总览》(上、下卷),法律出版社2003年版,第1、623页。

〔5〕 参见于飞:“民法基本原则:理论反思与法典表达”,《法学研究》2016年第3期,第101—102页。

二、基本原则的列举和内在体系的外显

在民法典中列举基本原则是内在体系外显的表现之一。^{〔6〕}自从拉伦茨的《法学方法论》被译为中文以后,内在体系和外在体系的区分开始进入中国学界的视野。根据拉伦茨的观点,外在体系是依形式逻辑规则建构的抽象概念体系,内在体系是由一般法律原则构成的体系。^{〔7〕}在历史的长河中,内在体系经历了一个从被遮蔽到重新外显的过程。

(一)概念法学的兴起和内在体系的被遮蔽

在外在体系和内在体系的区分浮出水面之前,追求外在体系的逻辑一致性是法典编纂的最初理念。实际上,从罗马法伊始民法一直既包括外在体系也包括内在体系,优士丁尼《法学阶梯》第1卷第1题“正义与法”就是对法律理念的说明。被认为是现代民法典鼻祖的莱布尼茨指出,民法的体系具有一种初始原因,即上帝的理性意志或者是对正义的定义,一部体系化的法典就是从这一原理发展而来的。而他的工作就是通过几何学和科学的方法使得这一体系化工作成为可能,这种方法预设了概念法学的发展。^{〔8〕}深受莱布尼茨影响,被认为是概念法学先驱的克里斯蒂安·沃尔夫将体系区分为逻辑的体系和伦理的体系。尽管他认为法学概念可以体系正确地回到更抽象的原则上去,但是他的目的是运用几何学的方法建构一个逻辑上的封闭体系,他因此将逻辑的体系称为真体系,而将伦理的体系称为伪体系。由此沃尔夫被认为第一个奠定了民法外在体系的理论基础,并成为概念法学的创始者。^{〔9〕}普赫塔最终将民法的外在体系推到了极点,由此导致的结果是民法的内在体系被精细发展的外在体系遮蔽。因为概念法学试图通过抽象概念的体系建构,隔绝法律与其背后的伦理价值观念的联系,其目的是将价值判断的权力垄断在立法者的手中,从而维持立法权和司法权的绝对区分。普赫塔在批判萨维尼的基础上指出,萨维尼关于民法体系建构的不足在于没有基于一个统一的原则来形成整个法律体系,因此应当以人的自由意志作为最高原则,建构出一套法律权利体系。^{〔10〕}只是当普赫塔通过抽象概念将民法建构为一个体系时,原先作为基础的原则反而被屏蔽掉了。

一般原则的不成文恰恰是由在价值理念上备受赞扬的《法国民法典》(以下简称法民)开启

〔6〕 内在体系的外显,是根据特定的规范指导思想(原则、评价、基本目的)进行法律素材外部划分的全部尝试。Franz Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer—Verlag/Wien, 1996, S.657. 姜海峰提供了德文原文,庄加园和曾见提供了译文初稿,特致谢意!

〔7〕 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第318、355页。

〔8〕 参见(美)罗杰·伯科威茨:《科学的馈赠——现代法律是如何演变为实在法的?》,田夫、徐丽丽译,法律出版社2011年版,第101—102页。

〔9〕 Mario G.Losano, *Sistema e Strutturanel Diritto*, Volume I, Milano:Giuffre Editore, 2002, p.78.

〔10〕 See G.F.Puchta, *Outlines of The Science of Jurisprudence. An Introduction to The Systematic Study of Law*, Translated by W. Hastie, Edinburgh: T.& T. Clark, 38 George Street, 1887, p.64.

的。该法典第5条规定:“禁止法官对其审理的案件以一般的规则性条款进行判决。”这被认为确立了禁止原则性判决的范式。法民的起草人波塔利斯并不是第5条规定的倡导者,他在《关于民法典草案的预备性说明》中指出:“只有很少的事情可以由一部有确定内容的法律来决定,大部分争端都是基于一般原则、学理和法律科学去解决;民法典不但不能离开这些知识,相反,民法典需要它们来作为补充。”^{〔11〕}波塔利斯甚至根据让·多玛的自然法原则为法民草案起草了拥有38个条文的序编,但是最终被悉数删去。法国国家参事院认为这些规定在法典中毫无意义。^{〔12〕}德民第一草案第1条原先规定:“对于没有法律规定的关系,相应适用与该关系在法律上类似的关系所设定的法律规定。如果缺乏这样的法律规定,那么适用由法律秩序的精神而得出的基本原则。”但是上述规定在正式文本中被删去,理由是上述规定的内容不言自明。^{〔13〕}

(二)利益法学的兴起和内在体系的外显

实际上,在概念法学发展到顶峰的时候已经有学者开始意识到内在体系的价值。1870年,特兰登伦伯格为了描述体系的统一性引入了分类的体系和成长的体系的区分,前者是沃尔夫理论的翻版,后者在体系理论的建构上迈出了关键一步。因为成长的体系是依赖于原则充满活力的具有生产力的体系,它和分类的体系并不是相互对立的关系,分类的体系是成长的体系的初级阶段,后者才是体系的真正典范。上述观点被认为是外在体系和内在体系区分的雏形,并因此受到概念法学的叛徒耶林的喜爱,从而最终影响到菲利普·黑克。利益法学派的代表人物黑克通过对概念法学的批判明确提出了民法的内在体系和外在体系的区分理论。他认为,外在体系就是通过秩序概念的分类和编排建造而成的体系,其在本质上是一个概念的建筑物,但是概念法学的最大错误在于试图透过这种概念建构获得新的法律规范。实际上,在外在体系的背后隐藏着一个内在体系,因为用以建构外在体系的概念并非无源之水,它们是立法者在对各种利益冲突进行分析评判的基础上逐渐抽象出来的,通过利益法学的方法所得出的利益冲突决定的体系就是内在体系,而外在体系是为了描述内在体系而产生的。但是黑克指出,他的利益法学的目的是为法官裁决案件提供方法论,他并不关心在立法上实现内在体系。这使得内在体系只表现为一种理论的体系,而外在体系则是一种现实的体系。^{〔14〕}同时,黑克还指出内在体系随着法官的实质判断自动产生,与立法者透过什么特别概念的方式来思考它毫

〔11〕 参见石佳友:《民法法典化的方法论问题研究》,法律出版社2007年版,第173页。

〔12〕 参见(法)罗贝尔·巴丹戴尔:“最伟大的财产”,载《法国民法典》(上册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第15页。Jean Domat, *The Civil Law In its Natural Order*, Volume I, Trans. By William Strahan, Boston: Charles C. Little and James Brown, 1850, p.2.

〔13〕 参见(德)卡斯滕·施密特:“法典化理念的未來——现行法典下的司法、法学和立法”,温大军译,载明辉、李昊主编:《北航法律评论》(2012年第1辑),法律出版社2012年版,第57—58页。

〔14〕 See Mario G. Losano, *Sistema e Strutturanel Diritto*, Volume II, Milano: Giuffrè Editore, 2002, p.15.

无关系。这使得内在体系在利益法学派那里只停留在解释论的层面。^{〔15〕}

在从利益法学到价值评价法学的转变过程中,黑克的理论仍然受到充分的重视。价值评价法学认为内在体系不仅在解释论上有意义,而且在立法论上也有意义。因为立法者可以通过运用诸如类型、主导思想、须具体化的原则以及规定功能的概念等作为建构内在体系的基石。^{〔16〕} 卡纳里斯认为,民法的体系不可能是一个基于公理演绎的封闭体系,它只能是一个开放的体系,而开放体系就是由法律原则构成的内在体系。因此内在体系不仅在解释论上有意义,而且在立法论上也有意义。^{〔17〕}

如果内在体系在民法典的体系建构上具有真正的意义,那么体现一般原则的内在体系在立法上有实现的必要和可能吗?无论是大陆法系,还是英美法系,一开始均认为一般原则的成文化是不可能的,或者说也是不必要的。

在大陆法系,前文述及的法民的序编和德民第一草案第1条的被删除就是这种观念的体现。在利益法学向价值评价法学的演变过程中,黑克提出的内在体系的价值引发了进一步的反思。黑克确实非常敏锐地看出了单凭抽象概念建构的外在体系的不足,但是他的最大问题在于简单地从最上位的法的抽象价值直接过渡到规范之后的具体利益,从而忽视了承载法的抽象价值的民法基本原则,直接导致利益法学缺乏对整个民法内在基本价值体系的思考。^{〔18〕} 如果内在体系是由一般原则构成的体系,那么在出现疑难案件时法官在何处寻找一般原则就是一个问题。尽管学说理论提出了各种各样的解决方法,但是只要一般原则没有成文,法的安定性始终受到挑战。^{〔19〕} 拉伦茨因此指出,法律原则不是一项规则,它必须被具体化,具体化可以区分为不同阶段,相应地原则也可以区分为不同层次。最高层的原则是不区分构成要件和法律效果的一般法律思想,下位的原则则开始逐步地区分构成要件和法律效果,但是它们离规则仍然有一段距离,因此仍然需要进一步的具体化,而这一工作首先应该由立法者来承担。^{〔20〕}

英美法系的进路如出一辙。在英美法系彻底引爆原则问题争论的是罗纳德·德沃金,他提出原则理论主要是批判哈特的如下观点:立法者是人不是神,他不可能预知未来可能发生的所有情况,在任何法律体系中一定存在着某些未受法律规范的案件,此时法官只能通过创设新法的方式去解决。^{〔21〕} 德沃金认为,完全通过法官的自由裁量权解决疑难案件与权力的分立

〔15〕 参见吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社2011年版,第328页。

〔16〕 参见拉伦茨,见前注〔7〕,第317页。

〔17〕 See Claus-Wilhelm Canaris, *Pensiero sistematico e concetto di Sistema nell'agiurisprudenza. Sviluppati sul modello del diritto privato Tedesco*, Edizione italiana a cura di Giovanni Varanese, Napoli Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p.51.

〔18〕 参见朱岩:“社会基础变迁与民法双重体系建构”,《中国社会科学》2010年第6期,第154页。

〔19〕 See Guido Alpa, *I Principi Generali*, Milano: Giuffrè Editore, 2006, p.9.

〔20〕 拉伦茨,见前注〔7〕,第348页。

〔21〕 参见(英)哈特:《法律的概念》,许家馨等译,法律出版社2011年版,第123—124、253页。

理论不符,法律不仅由规则组成,也由原则组成,原则就隐藏在普通法浩瀚的判例全体之中等待法官去发现。法官运用归纳出来的原则解决疑难案件不是发明新法律,而是发现原先就存在的法律,这也使得法官的裁判必将得出唯一正解。同时,原则并不源于某些立法机关的特定决定,而是源于在相当长时间里形成的一种公共正当意识,原则是数不清的,它们的转移和变化极为迅速,以至于还没有列举到一半,这一清单的开关就已经过时了。^{〔22〕} 上述观点遭到严厉批判,因为德沃金意义上的法律原则既没有道德原则的吸引力,也没有规则提供清晰指引的优点,而且它们尚未被权力机关颁布,因此它们不是被制定的规范,它们象征着全世界最糟糕的东西,是一个形而上学的怪物,在法学方法论上没有原则的位置。^{〔23〕} 因此,在英美法系同样出现了对原则进行分层并将其实定化的建议,尽管一般原则可能过于抽象而无法实定化,但是可以考虑将中层原则实定化。这些中层原则和规则相比具有分量的维度,从而比规则有弹性,但是和一般原则相比又更加具体,从而对法官具有更大的约束力。^{〔24〕}

(三)内在体系外显在大陆法系立法中的体现

在内在体系的理论兴起之后,大陆法系国家的民法典开始出现对有限法律原则的列举,《瑞士民法典》(以下简称瑞民)第2条列举了诚实信用原则和权利不得滥用原则,第4条列举了公平正义原则。^{〔25〕}

法民第5条尽管作出了原则性判决的限制,但是紧跟着的第6条规定“任何人不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗的法律。”就为法官的原则性判决留下了尾巴。法国的学说理论认为,尽管法民并没有规定意思自治原则,但是“公共秩序就是契约自由的反命题”,因此可以从第6条中推导出来。^{〔26〕} 同时第1134条第3款关于“契约应以诚信履行之”的规定为法官构建忠实义务和协作义务奠定了理论基础,但是反对者认为,该款只是一个技术性条款,不具有任何实质性的意义,任何赋予该款实质性意义的尝试都将威胁到法律的确定性。因此,有学者指出“假如诚信这一概念只是具有有限作用的法律技术工具的话,就不会有人主张诚信观念激发了许多针对法律问题的实际解决办法了。基于这一原因,难道我们不应该将它提升

〔22〕 参见(美)罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,上海三联书店2008年版,第64—69页。

〔23〕 See Larry Alexander, Ken Kress, “Against Legal Principles”, *Iowa Law Review*, Vol.82, No.3, 1997, pp.741—754. 尽管拉兹认为只有实定化的原则才具有权威性,但是他并没有给出具体的原则实定化的方法。See Joseph Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol.81, No.5, 1972, p.824.

〔24〕 See Cass R. Sunstein. “On Analogical Reasoning”, *Harvard Law Review*, Vol.106, No.3, 1993, p.778.

〔25〕 瑞民的立法例产生了非常大的影响,我国1910年的《大清民律草案》第1条和第2条、1960年的《韩国民法典》第1条、第2条直接模仿了瑞民的第1条和第2条。1966年的《葡萄牙民法典》第10条第3款和1999年《澳门民法典》第9条第3款均直接模仿自瑞民第1条第2款。

〔26〕 参见尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1997年版,第13页。

到法律基本原则的层次吗?”^{〔27〕}德民同样在债编的第138条第1款规定:“违反善良风俗的法律行为无效。”第242条规定:“债务人有义务照顾交易习惯,以诚实信用所要求的方式履行给付。”第826条规定:“以违反善良风俗的方式故意加损害于他人的人,有义务向该他人赔偿损害。”上述三个条文被认为确立了善良风俗原则和诚实信用原则。这实际上是一种归纳,因为上述三个条文本身是以规则的形式出现。同时,也正因为没有关于一般原则的规定,规定在债编的这两个次级原则对于法律的发展起到了重要的作用,司法实务中据此发展出来的新制度已经是繁花似锦。

引人注目的是,原先追随德国不列举法律原则的日民于1947年增加了第1条“基本原则”,列举了私权应服从公共福利原则、诚实信用原则和权利不得滥用原则,第1条之二在解释的基准中列举了个人尊严原则和两性实质平等原则。在最新的《日本民法典总则修正案》中,日本学界对上述立法例进行了进一步的反思,他们同样意识到应该对纲领性规定和作为纠纷解决规范的实体化规定进行区分。因此原先的两条规定被细化为三条,第1条“立法宗旨”中列举了个人尊严原则、自由原则和平等原则;第2条“基本原则”中列举了私权不得侵犯原则、意思自治原则、男女两性平等原则、私权应当与公共福祉相调和原则;第3条列举了诚实信用原则和权利不得滥用原则。日本学界认为只有第3条中列举的原则具有纠纷解决功能,但是他们仍然对纲领性的原则进行了列举。^{〔28〕}

更加引人注目的是在《欧洲示范民法典草案》(以下简称DCFR)的起草过程中,关于一般原则是否应该成文化的争论。在正式起草之前,起草小组在《临时纲要版》中列举了15项原则向社会广泛征求意见,即用一个独立的部分规定作为示范规则基础的基本原则和价值是否有用。意见截然分为两派,赞成者认为将基本原则列举出来非常重要,尤其是将一些非商业价值明确规定为基本原则,例如人权、团结和社会责任等原则就更为重要;反对者则对这一庞杂多样且没有优先顺序的基本原则清单的实用价值提出了质疑。在起草小组的强烈要求下,亨利·卡比当协会和比较法学会于2008年草拟了《欧洲合同法指导原则》进行试点。该指导原则确立了三大原则——合同自由、合同安全和合同诚信,每一原则均有其下位原则,这些原则被表述为11个条文从而作为一个版块插入到示范规则之首。但是DCFR的起草小组认为将基本原则作为一个版块置于草案之首似乎不太合适,因为这些原则在不同层面发挥作用,它们有时彼此重叠,并且经常发生冲突。将这些原则抽象出来,并将其作为一组条文置于框架之首,可能会削弱DCFR的作用,因此采用分散的方法似乎更为合适。同时起草小组还指出,《临时纲要版》列举的15项原则过于杂乱,应该区分为根本原则和最主要原则,因为后者具有相当高的政治特征。其中根本原则包括自由、安全、正义和效率,四大原则相并而称,并不表明它们具

〔27〕 参见(德)莱因哈德·齐默曼、(英)西蒙·惠特克:《欧洲合同法中的诚信原则》,丁广宇等译,法律出版社2005年版,第29页。

〔28〕 参见(日)加藤雅信:《日本民法典修正案:第一编总则》,朱晔、张挺译,台湾元照出版公司2016年版,第262—266页。

有同等价值,其中效率原则的地位较低;最主要原则包括保障人权、促进团结和社会责任、保护文化和语言的多样性、保护和促进福祉、促进内部市场发展等。同时起草小组认为在草案中尽管没有采取列举的方式将上述原则以规则的方式表现出来,但是官方的《欧洲示范民法典》更可取的是采用列举的方式,只是目前还为时尚早。^{〔29〕}

三、内在体系的外显和民法典体系融贯性的要求

在民法典中列举基本原则是体系融贯性的要求。融贯理论在法学领域的出现和内在体系的外显存在高度的暗合,两者都是在概念法学崩溃以后法学方法论进一步发展的产物。如果说内在体系的出现是法学理论内部反思的成果,那么融贯理论则是哲学理论变迁对法学理论影响的产物。从时间上看,内在体系理论出现在前,融贯理论出现在后,两者一开始并未产生交集。但是随着融贯理论的发展,有学者意识到私法既包括外在体系,也包括内在体系,内在体系预设了外在体系的存在。私法的特定部分体现了原则的特定结合,正是内在体系将私法统一为一个融贯的整体。^{〔30〕}

(一)融贯理论的缘起

在哲学领域,融贯思想被认为是解决认识论难题的一个具有吸引力的工具。传统认识论上存在两种相互竞争的观点:基础主义和怀疑主义。基础主义认为人类的知识最终都会建基于明确的和基本的信念之上,同时根据对基本信念的理解差异,基础主义可以区分为理性主义和经验主义。理性主义认为基本信念是理性的直觉知识的结果,而经验主义认为基本信念是通过感官或者自省获得的知识。怀疑主义则是经验主义的一个变种,极端的怀疑主义认为根本就不存在任何所谓的知识,这种虚无主义在理论上并没有什么吸引力,因为它将导致人类无所适从。因此在认识论上最主要的对立就是理性主义和经验主义的对立,这种对立在法学领域就表现为大陆法系的成文法模式和英美法系的判例法模式的对立。以概念法学为基础追求公理演绎体系的民法典是绝对理性主义的产物,它是人类对自身理性极端自负的表现,而经验主义则认为制定法典是可笑的,因为人类无法准确地预见未来,因此只能以既有经验为基础(先例)解决当下的问题。尽管理性主义和经验主义存在上述差异,但是有一点是共同的,即都认为人类的知识可以从基本理念上确定地、单向度地推导出来。但是基础主义开始遭受质疑,因为无论是理性主义,还是经验主义,它们所宣称的基础是不确定的,每一个被宣称的基本理念都有可能被与之相反的证据所颠覆。这种对知识坚固基础寻求的失败甚至引发了哲学已死的哀鸣。^{〔31〕}此时融贯理论应运而生。

〔29〕 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组:《欧洲私法的原则、定义与示范规范:欧洲示范民法典草案》(第一、二、三卷),高圣平等译,法律出版社2014年版,第7—10页。

〔30〕 参见(瑞典)亚历山大·佩岑尼克:《法律科学:作为法律知识和法律渊源的法律学说》,桂晓伟译,武汉大学出版社2009年版,第52—53页。

〔31〕 See Paul Thagard, *Coherence in Thought and Action*, London: MIT Press, 2002, pp.2—8.

融贯理论认为：“我们的知识不是建立在坚固砖块上的房屋，它们更像是漂浮在海上的木筏，它们彼此联接在一起以相互支撑。”^{〔32〕}因此融贯理论的目的不是追求认识的真，而是追求认识的好。苏珊·哈克认为：“一个人相信某物在某个时间是否被证成，如果被证成，在何种程度上被证成，这取决于他的证据在那个时间相对于那个信念是多么好。”^{〔33〕}由于融贯理论和真理符合论、绝对理性主义之间存在天然的隔阂，因此该理论并不追求在逻辑上对融贯性进行界定，而只是试图在理论上进行说明。一般认为，融贯性包括消极和积极两个方面。消极方面是指，逻辑一致性是融贯性的必要但非充分条件。尽管逻辑上的一致在很大程度上会促进体系的融贯，但是融贯性并不以逻辑上的一致性为前提。逻辑上的一致并不必然导致体系的融贯，融贯的体系中也可能存在逻辑上不一致的地方。^{〔34〕}融贯性的积极方面是指一种证立关系，一个陈述集合的证立结构越完美，这个陈述集合就越融贯。同时，这种证立结构具有度的性质，证立结构的完美性（融贯性的程度）依据融贯性的标准被满足的程度来确定。^{〔35〕}融贯性的积极方面表现为一种内聚性，即属于一个融贯整体的陈述必须得到这一整体之内其他陈述支持的理念，这又导致内聚性和整全性有着无法分离的关系。^{〔36〕}因此，融贯性是逻辑一致性、内聚性和整全性的三位一体。^{〔37〕}

融贯理论为民法典的体系建构提供了非常好的理论基础。民法典既包括外在体系，也包括内在体系。外在体系的目标是逻辑一致性，内在体系的目标是价值理念的统一性。外在体系的建构只是民法典体系建构的必要但非充分条件，因为逻辑一致并不必然代表价值理念的统一，这正是概念法学存在的问题。只有内在体系才能使民法典成为一个价值理念统一的融贯体系。但是内在体系并不能替换外在体系，内在体系的目标是为外在体系的建构提供价值

〔32〕 Paul Thagard, *supra* note 31, at 5.

〔33〕 (英)苏珊·哈克：《证据与探究——走向认识论的重构》，陈波等译，中国人民大学出版社2004年版，第2页。

〔34〕 See Stephen Pethick, “Solving the Impossible: the Puzzle of Coherence, Consistency and Law”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol.59, No.4, 2008, p.399.

〔35〕 参见(德)罗伯特·阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊编译，中国法制出版社2012年版，第113—114页。融贯性标准包括如下三个大类：①涉及某个理论的支持结构特征的融贯性标准；②涉及某个理论所使用的概念特征的融贯性标准；③涉及某个理论覆盖范围的融贯性标准。在每个大类标准之下又包括一些子类标准，共有10个子类标准。See Robert Alexy, Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, Vol.3, No.1, 1990, pp.131—143.

〔36〕 融贯性和整体性思维存在天然的联系，从词源学的角度分析，coherence是由前缀co和haerere合成的，haerere在拉丁文中是粘合的意思，因此融贯的最初意思就是粘合在一起。Stephen Pethick, *supra* note 34, at 407.

〔37〕 参见佩岑尼克，见前注〔30〕，第208页。关于融贯性和逻辑一致性之间的关系一直存在争论，目前的主流观点认为在共时性上，逻辑一致性是融贯性的必要但非充分条件，在历时性上，逻辑一致性不是融贯性的必要条件。由于大陆法系更关注概念的融贯性，英美法系更关注历史的融贯性，因此逻辑一致性在大陆法系的融贯理论中受到更多的重视。Celia Wasserstein Fassberg, “Coherence and Continuity: A Study in Comparative Codification”, *Israel Law Review*, Vol.22, No.2, 1987—1988, p.184.

基础,同时在外在体系出现法律漏洞时为法官裁判案件提供证立基础。

(二)融贯理论和内在体系理论之间的暗合

融贯理论和内在体系理论一样,在最初被引入法学领域时,其目的不是为了体系建构,而是为了解决疑难案件的裁判证立问题。

所谓疑难案件是指没有现成法律规范或者先例可以适用的案件,这是立法者有限理性的必然产物,因为任何法律体系都必然存在漏洞。德沃金对于融贯理论在法学领域的涌现功不可没。德沃金通过对疑难案件的分析,一方面提出了政策、原则和规则的区分,另一方面则提出了法律整全性的理论。整全性包括两项实践原则,第一项是立法的整全性原则,其要求透过立法创设法律的那些人,使被创设的法律在原则上保有融贯性;第二项是裁判的整全性原则,其要求负有责任决定法律是什么的那些人,必须把自己执行的法律认知为一个融贯的整体,因此,即便是疑难案件也存在法律上的唯一正解。^[38]

德沃金的观点产生了深远的影响,在随后的学说理论发展中,学者们开始根据简易案件和疑难案件的区分将裁判证立区分为内部证立和外部证立(阿列克西)、演绎证立和次级证立(麦考密克)或者是一般证立和深度证立(佩岑尼克)。在上述区分中,学说理论几乎一致认为涉及疑难案件的外部证立是裁判证立理论真正需要研究的问题,因为在简易案件的裁判证立中三段论的涵摄在形式上仍然能够维持。而在疑难案件的裁判证立中,学说理论开始普遍地寻求融贯理论的支持。^[39]

法典编纂的最主要功能就是为法官提供裁判规范,但是基于人类理性的有限性,无论基于何种理论编纂的法典必定存在法律漏洞。由此带来的问题是一个法官如何将其裁判建立在不确定信息的基础上,还能履行好实现法律确定性最大化的职责。同时,在现代社会人们对权威的信仰日趋式微,权威本身已不再充分,包括法院在内的每种公共机构都必须不断取得公民对它的信任。法官只是简单地宣布他的判决远远不够,法官必须证立其判决。这也是主流法学理论无比关注法学方法论,以及在疑难案件中引入融贯性理论的真正原因。^[40] 私法是证明正当的事业,而融贯性对于证明正当必不可少。融贯性是把与司法关系相关的所有正当理由的考量连接成单一整体的正当理由,只有从可能融贯的观点出发,我们才能够弄清特定原告和被告之间的联系,一个不融贯的体系表现出的是一种专横。^[41]

[38] 参见(美)罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台湾时英出版社2002年版,第175—176页。

[39] 阿列克西认为,内部证立处理的问题是,一个判断是否从为了证立而引述的前提中逻辑地推导出来,外部证立的对象是这个前提的正确性问题。参见(德)罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第274页。Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, London: Oxford Press, 1978, p.100. (荷)伊芙琳·T·菲特丽丝:《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》,张其山等译,商务印书馆2005年版,第73—85、159—162页。

[40] 参见(瑞典)亚历山大·佩岑尼克:《论法律与理性》,陈曦译,中国政法大学出版社2015年版,第4页。

[41] 参见(加拿大)欧内斯特·J·温里布:《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版社2007年版,第41页。

麦考密克认为次级证立的关键就是在法律体系内寻求一种价值的融贯,即证明裁决与体现于一般法律原则中的法律价值相融一致。因为融贯就是指不同的规则只有联接在一起通盘考虑才有意义。^{〔42〕} 佩岑尼克认为疑难案件的法律推理必须受到合理前提的支持,“当且仅当满足下述条件时,一个前提是合理的:①前提不可证伪;②当前提无法从一个高度融贯的前提集中推出时,假说是无法被充分确证的。”^{〔43〕} 阿列克西在早期讨论外部证立时,主要是在程序上为外部证立提供某种理性的基础,后来受到德沃金的影响开始讨论规则和原则的区分,以及原则的抽象重力公式问题,并最终意识到融贯理论对于外部证立的意义。阿列克西认为,证立的概念是分析融贯概念的关键,所谓证立就是对一个结论给予充分的理由,证立概念和融贯性之间存在一种必然的联系。一个体系越融贯,证立的结构就越完美。^{〔44〕}

殊路同归,内在体系理论同样意识到疑难案件中规范获取的难题及意义。比德林斯基认为,外在体系和内在体系的区分只有和规范的获取方法联系起来才能真正彰显其意义。以明确的排列顺序表达法律素材的外在体系,其追求的目标是体系的概观性和可理解性。但是,法是为了得到应用而存在,体系建构的目标要最大限度地以应用为导向。这种体系的应用性就体现在判断具体问题时的适于论证性上,而适于论证性正是内在体系的议题。只有由法律原则构成的内在体系才涉及法律素材各组成部分之间在内容上的论证关系。鉴于案件类型数不胜数的多样性,期待可以在体系建构时,就预先解决所有可能出现的法律获取问题是完全不可能实现的假想。对于内在体系设想具有决定性的,是从核心内容上尽可能广泛地提炼出在既存法律素材中可以确定的内容上的论证关系,从而可以将未来法律获取方面的必要论证尽量简化。内在体系的构建始终是法律获取方法(以及应当特别强调的、尽可能理性的、追求稳定性的法律创制)可行的、重要的基本准备工作。内在体系的思想从一个新的角度证实了将基础法律伦理原则涵盖到法中来的必要性。^{〔45〕}

四、民法典体系融贯性的实现方法

(一)原则的列举

在民法典中对一般原则进行列举,是内在体系外显最简单、最直接的方法。这种列举将民法典意欲追求的价值理念以最直观的方式表现出来,而民法典的各项具体制度则是对上述价值理念的具体展开。

首先,在民法典中列举基本原则可以在最大程度上实现私法的内在可理解性,从而使民法典在最大程度上成为一个自创生的体系。随着概念法学的崩溃,功能主义开始崛起,随之带来

〔42〕 Neil Maccormick, *supra* note 39, at 152.

〔43〕 佩岑尼克,见前注〔40〕,第147页。

〔44〕 参见阿列克西,见前注〔35〕,第113页。

〔45〕 Franz Bydliniski, *supra* note 6, at 33—51.

的后果就是法学作为自治的学问实体被否认,法学的研究越来越依附于非法律学科的研究,这尤其导致了政治对法律的全面侵蚀。融贯理论认为,私法的目的就是私法,私法只能够从内在角度予以把握,而不是一组外在目的的司法表达。私法的内在可理解性必然导致私法重视和趋向于自身的融贯,私法不是一个孤立的和不相关的官方权力散发的堆积,法院的判决只不过是私法自我理解的公告。^[46]原则的列举一方面可以为法律内的法的续造提供证立基础,另一方面可以最大程度地避免法律外的法的续造,从而使民法典具有更强的稳定性和适应性。

其次,融贯性使得形式主义重新焕发生命力。概念法学和形式主义一直被认为是一胞双生,概念法学崩溃以后,形式主义也被认为是无生命抽象物的大坟场,因为它隔绝了法律和社会生活之间有意义的联系。但是融贯理论认为只有将形式主义和融贯性紧密结合在一起,私法的内在可理解性才能实现,从而最终实现私法不仅是自我调节的,而且是自我证明的。形式主义的最大价值在于保持了私法和政治的分离。《民法总则》删除“应当遵守国家政策”的原则正是这种观念的体现。和融贯理论相结合的形式主义拒绝将自己等同于寻找一种无漏洞规则体系的演绎方法,形式主义承认法律的不确定性,但是它拒绝寻求法律之外的因素解决案件。^[47]这种理论实际追求的就是将民法典建构为一个自创生的体系,即民法典在规范运行上是封闭的,其具有自我生产的能力,无需借助于外部的力量,同时民法典在认知上又是开放的,这种开放主要通过法律原则和一般条款来实现。但是,这并不意味着其他学科和私法无关,私法尊重它们各自的洞察力,法律外的信息只有通过转变为法律自身的基因密码才能在法律系统中运行。^[48]

再次,在民法典中对一般原则进行列举可以在未来的司法实践中减轻法官的裁判证立负担,从而避免无限递归的明希豪森困境。立法者在民法典中确立一般原则并对其进行价值排序就类似于一个真值制造者,其目的是在某个主观选择的点上断然终止论证过程。^[49]这就类似于康德在《实践理性批判》中为实践理性确立的三项公设,即(灵魂)不死、(意志)自由和上帝存在。之所以要将意志自由确定为公设,是因为在“这个概念上,思辨理性无法不陷于相互冲突;为了解决这种冲突,(实践)理性只能通过自由的公设,设定一个虽然可以大致设想、却不能在客观实在性方面加以证明和确定的概念。”即“必须预先认定,人是可以不受感性世界摆布的,能够按照灵明世界的规律,即自由的规律,来规定自己的意志。”^[50]康德的理论不但为德国基本法奠定了理论基础,同时也为私法自治奠定了理论基础。尽管在哲学领域关于人的自由意志问题仍然是个难题,但是我们没有必要再退回到康德之前,自由是立于实践理性之上,

[46] 参见温里布,见前注[41],第13—15页。译者将 coherence 译为连贯,本文改为融贯。

[47] 同上注,第14页。

[48] 参见(德)贡塔·托伊布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第125—129页。

[49] 参见舒国滢:“走出明希豪森困境(代译序)”,载阿列克西,见前注[39],第2页。

[50] 参见(德)康德:《实践理性批判》,邓晓芒译,人民出版社2003年版,第180—182页。

人的自律和尊严皆根植于此。^{〔51〕} 无论怎样赞扬康德的自由意志理论对人类社会的贡献都不为过,但是近代民法试图单纯从意志自由出发将整个民法建构为一个公理演绎体系却存在问题。因为单纯建立于意志自由之上的私法还从来没有存在过。即便是对潘德克吞体系进行分析,也会发现大量限制甚至排除意思自治的规定。因为私法的原则一直是多元的,甚至是相冲突的。不是经典私法本身,而是其理论加工过程头重脚轻地倒向了个人意志自由。经典私法理论本身没有误解实证法伦理基础的多样性,只是在法律基础层面没有适当地对其进行浓缩与描述。^{〔52〕}

这种对无限递归的阻却容易招致循环论的批判,因为一个论证链迟早会咬住自己的尾巴,民法典似乎变成了一条首尾相连的巨蟒。但是这种循环性恰恰是融贯理论的重要特征,一个融贯主义论者如果不接受循环,将无法避免论证的无穷递归。^{〔53〕} 同时这种循环性符合人类理解的本质,加达默尔指出,理解在本质上就是一种循环的关系,理解的运动就是不断地从整体到部分又从部分到整体。理解的任务就在于从同心圆中扩展被理解的意义统一体。但是这种理解的循环有一个前提,即只有真正表现出完全意义的统一体才是可理解的。^{〔54〕} 而立法者的任务就是要使这个前提在最大限度上予以实现,从而减轻民法典生效后法官的证立负担。

以《民法总则》第 171 条为例,该条第 3 款规定:“行为人实施的行为未被追认的,善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿,但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。”本款存在一个自始的、立法者未意识到的隐藏漏洞。因为乍看之下本款的规定并未欠缺可资适用的规则,事实构成和法律效果是完整的,但是依其目的和意义对于特定类型的案件并不适宜,漏洞存在于限制的欠缺。因为本款将德民第 179 条的两款内容简单地杂糅在一起,而德民第 179 条的规定则区分行为人是否知道自己没有代理权而作不同处理。如果行为人不知道自己没有代理权的,仅对信其有代理权而受损害的相对人承担赔偿责任。但其赔偿额不得超过相对人在合同有效时可以得到的利益,即只赔偿信赖利益的损失。如果行为人知道自己无代理权,则应该根据相对人的选择履行或者赔偿损害。如果对《民法总则》第 171 条第 3 款进行文义解释,相对人选择行为人履行,行为人最终实际履行的,相对人获得完整的履行利益;如果相对人选择损害赔偿,或者选择履行,但是行为人未能履行的,此时存在信赖利益的赔偿限制。只是因为相对人的选择,或者行为人的履行能力,相对人获得损害赔偿就出现实质性的差异,显属不公。同时无论行为人知道还是不知道其无代理权,最终的损害赔偿是一样的,显然对不知道自己无代理权的行为人过于严苛。因此在方法论上,应该通过目的论的限缩对该法律漏洞进行填补,即依据法律规整目的或其意义脉络

〔51〕 参见(德)阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘辛义等译,法律出版社 2011 年版,第 345 页。

〔52〕 Franz Bydlinski, *supra* note 6, at 670—672.

〔53〕 参见佩岑尼克,见前注〔30〕,第 212 页。

〔54〕 参见(德)汉斯-格奥尔格·加达默尔:《诠释学 II:真理与方法》,洪汉鼎译,商务印书馆 2010 年版,第 76 页。

添加限制,从而使得该款仅适用于宜于适用的范围。^[55]因此本款应该解释为,行为人知道无权代理事实的,善意相对人有权请求无权代理人履行债务或者就其受到的损害请求无权代理人赔偿;如果行为人不知道无权代理事实,其赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。法官可以通过《民法总则》第4条、第5条、第6条为上述解释提供证立基础,从而避免证立的无限递归。因为根据平等原则,同样情况应该同样对待、不同情况应该不同对待,对无权代理人是否知道自己无权代理不作区分与平等原则相悖。这种不作区分也未考虑无权代理人的自由意志问题,从而与自愿原则相悖。同时这种不作区分的处理结果也违背了公平原则。

(二)原则的价值排序

对原则进行列举只是内在体系外显的第一步,如果只停留在这一步,这种外显对法官的具体价值指引仍然非常有限。因此,接下来需要考虑的问题是这些原则之间的关系如何?是否有些原则比其他原则更重要?

DCFR将原则区分为根本原则和最主要原则,同时特别指出在自由、安全、正义和效率这四项根本原则中,效率原则的地位最低。^[56]这实际上就是一种价值排序的方法。由于社会经济生活的日益多元化,人们的价值观也日益多元化,这种多元化使得道德主体对于价值判断越发感到困难和无力,对于原本认定的核心价值产生怀疑和动摇,而其中蕴含的伦理风险和道德困境也更加突出,这使得伦理学开始充分关注价值排序问题。^[57]在法学领域这一问题同样存在,因为价值排序的最主要功能就是为法官的价值判断提供指引,从而使法院的判决具有更大的可预期性和相对的确定性。

在民法典中对原则进行价值排序无非有以下几种编纂技术:第一,在具体的条文中明确表述哪一个原则居于更加优先的地位。这种立法技术似乎还没有先例。第二,在正式的条文表述之前设置一个类似序言的部分,在该部分对原则的列举理由和相互之间的排序进行说明,DCFR采取的就是这种立法技术。但是《民法总则》未设置序言部分。第三,对表述原则的条文按照立法者认定的价值位阶进行排列,《民法总则》实际采纳的就是这种立法技术。以《民法总则》第3条“合法权益受保护原则”为例,在《民法总则草案》(三审稿)中该原则位于第8条,在正式颁布的《民法总则》中被提升到第3条,这实际上表明立法者对基本原则的价值位阶有自己特殊的考虑。日民的修正同样如此,原先“私权必须适合公共福祉”原则位于总则编的第1条,修正案将其纳入第2条,在该条列举的4项原则中排在末尾,且将模态逻辑词“必须”改为“应当”。理由是,“要改变公权优先于私权的印象”。^[58]

但是,我们仍然不能简单地根据各类基本原则在《民法总则》中的排列顺序来判断它们的

[55] 参见拉伦茨,见前注[7],第267页。

[56] 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组,见前注[29],第49页。

[57] 参见张彦:《价值排序与伦理风险》,人民出版社2011年版,第7页。

[58] 加藤雅信,见前注[28],第268页。

价值位阶。在《民法总则》列举的原则中,居于最优先地位的是自愿原则(意思自治原则),这是私法能够安身立命的最根本原则。我们只是应该意识到民法典并不是以意思自治原则为起点的公理演绎体系,其他基本原则对于民法典能够成为价值理念融贯的体系仍然有其特殊的价值。但是,其他基本原则只有在和意思自治原则相对照的意义上才能彰显其特殊价值。

合法权益受保护原则是主体自由意志的外在体现。权利概念的出现是个人主义兴起的产物,而个人主义和自由意志主义的兴起存在高度的暗合。^{〔59〕}权利在本质上“是法律赋予主体的能力或者是意志的支配力”。^{〔60〕}权利概念作为功能概念,其本身就是内在体系外显的表现之一。但是一个人的权利对其本人而言意味着自由,但是对于其他人而言则意味着义务,即自由的克减。因此对于没有体现为法律上权利的利益,法律上的保护应该偏弱,以免对其他主体自由意志的过度侵蚀。

平等原则一方面是意思自治原则的前提,另一方面也可能构成对主体自由意志的限制,平等和自由之间存在紧张关系。民法上的平等主要表现为形式平等,即在两个以上主体之间的关系中互不隶属。如果主体在形式上不平等,或者虽然在形式上平等,但是实质性的不平等已经出现固化趋势,那么这些内容就有可能逸出民法典的调控范围由其它法律进行调整,例如劳动法。如果实质性的不平等没有出现固化的趋势,民法采取的方式是尽最大可能弥补一方自由意志的不足,例如行为能力制度、监护制度和各种告知义务的细化。

公平原则是所有法律体系(包括公法和私法)共同追求的目标,但是私法尊重主体基于自由意志所实现的公平,而公法主要通过父爱主义实现公平。在民法中对公平的追求不能在根本上动摇主体自由意志的根本地位,日民修正案最终拒绝采纳情势变更原则就是担心对主体自由意志的过度干预。^{〔61〕}

诚实信用原则强调的是在两个以上主体之间的关系中,两者的自由意志能够并存,即“外在的要这样去行动:你的意志的自由行使,根据一条普遍法则,能够和其他人的自由并存。”^{〔62〕}比德林斯基和温里布不约而同地得出“相关关系原则”是私法基本原则的结论,《民法总则》尽管没有规定,但是可以从诚实信用原则中推导出来。^{〔63〕}

公序良俗原则强调的是社群(共同体)的价值对主体自由意志的限制。^{〔64〕}这也是民法典

〔59〕 参见方新军:“权利概念的历史”,《法学研究》2007年第4期,第69页。

〔60〕 Bennardo Windscheid, *Diritto del Pandente*, Volume Primo, Dagli Avvocati Carlo Fadda, Paolo Emilio Bensa, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902, pp.169-170.

〔61〕 参见加藤雅信,见前注〔28〕,第278页。

〔62〕 (德)康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第41页。

〔63〕 所谓相关关系原则,是指私法规范始终涉及两个或者多个主体之间的关系,绝对的、单边的、仅仅涉及某一方主体的论据永远不能独自论证一个私法规范。Franz Bydlinski, *supra* note 6, at 92-93.温里布,见前注〔41〕,第120页。

〔64〕 社群主义者认为,抽象个人观所设想的脱离社会现实的“无牵无挂”的自我是不存在的,人必然属于某一个社群。在法学领域,上述观点就转化为主体自由意志的行使必须考虑共同体认可的价值。参见(美)迈克尔·桑德尔:《自由主义与正义的局限》,万俊人等译,译林出版社2001年版,第72-73、181-182页。

转介道德规范的窗口。

合法原则同样强调的是共同体的价值对主体自由意志的限制,因为在私法中主体基于自由意志达成的协议在当事人之间具有法律的效力。私法以任意性规范为主,强制性规范主要是基于公共利益的考虑而对主体自由意志的限制。如果是公法中的强制性规范,其是否能够影响私主体之间的法律关系,要经过严格的筛选。

绿色原则是权利不得滥用原则的体现,而后者又是诚实信用原则和公序良俗原则的体现。传统的权利不得滥用原则主要考虑私主体之间的自由意志并存,而绿色原则考虑的重点是共同体的利益对私人自由意志的限制。

因此,基本原则在《民法总则》中可以作如下价值排序: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。在上述价值排序中,从正面肯定主体自由意志的原则位阶最高,从私主体的层面考虑两者之间自由意志并存的原则其次,基于公共利益的考虑对私主体自由意志进行限制的原则再次。

对原则进行价值排序具有如下意义:

第一,对原则进行价值排序是实现民法典体系融贯性的重要标准。如果其它条件不变,一个体系中存在多个原则,那么原则间存在的优先关系越多,该体系越融贯。与规则不同,原则不是通过全有全无模式进行适用的,原则具有规则所不具有的分量的维度。当两个原则发生碰撞时,具有相对重要分量的原则起到决定性作用,但是具有相对较轻分量的原则并不因此无效。因此建立一种附条件的原则间的优先顺序,是避免体系被用于证立不融贯裁判的唯一方法。^{〔65〕}

第二,为具体规则的起草提供价值指引。在民法典总则中对原则进行价值排序体现的是一种初显的优先性,在具体规则起草中体现的则是全虑的优先性。此时,阿列克西提出的原则的重力公式理论具有重要的参考意义,即原则之间的抽象重力存在差异,一个原则的不满足程度或受损害程度越高,另一个原则被满足的重要性就必须越大。^{〔66〕}因此,意思自治的优先性只是问题分析的起点,如果在具体的问题域其它原则的抽象重力合在一起超过了意思自治原则的抽象重力,那么意思自治原则就必须被限制或排除。例如在无权处分场合,如果买受人对权利外观产生合理信赖(诚信原则的体现),同时也支付了合理价格(公平原则的体现),那么违背所有权人意思自治的无权处分仍然会使买受人取得所有权。如果将无权处分的物区分为基于所有人的自由意志丧失占有的物(例如基于租赁)和非基于所有人的自由意志丧失占有的物(例如基于被盗),那么对于后者即便存在合理信赖,同时也支付了合理价格,买受人仍然不能取得所有权。这种考虑实际上是认为诚信原则和公平原则的抽象重力加在一起仍然不能超过意思自治原则的抽象重力。

〔65〕 Robert Alexy, Aleksander Peczenik, supra note 35, at 137. (德)罗伯特·阿列克西:《法·理性·商谈——法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第177页。

〔66〕 参见阿列克西,见前注〔35〕,第150页。

第三,原则的价值排序可以很好地回应解法典化的趋势对民法典体系建构的冲击。那塔利诺·伊尔蒂认为,当代社会开始进入解法典的时代,即特别法日常性地深入地扩展自己领域的时代。这些特别法抽空了法典的内容,表达出自主的逻辑和有机的原则,这种原则的异质性导致作为一般民法的民法典的空洞化,从而变成一种剩余规范。因此,可以预言我们的时代不是一个适合进行新的法典编纂的时代,也不是一个进行改变现行法典的结构和功能的一般改革时代。^{〔67〕} 将近二十年后,伊尔蒂在重新思考法典理念时发现了区分内在体系和外在体系的价值。他认为,法典编纂并非将不同的规范简单地汇编在一起,在它们之间建立一种外部的关联,而是要根据一系列原则来制定法律,法典的合理性在于其内部体系,其中各种原则引导着具体问题的解决,并为所调整的事项提供处理标准。和民法典的原则存在异质性的特别民法会一直存在,而且有扩张的趋势。这些特别民法究竟是重新回归民法典,还是在民法典之外作为微型体系存在,需要通过法学家来解决。^{〔68〕}

以消费者保护为例,消费者和经营者在形式上仍然是平等的,但是在实质上两者不平等,问题是这种不平等是否已经固化从而在根本上影响意思自治原则的实现。如果这种不平等已经固化以致于国家必须持续地运用公权力进行介入,或者是在民法典中设置大量的例外规定对消费者进行保护,从而表现出过多的异质性,那就不如让消费者保护法在民法典之外作为一个微体系存在。^{〔69〕} 因此对原则进行价值排序可以使我們清晰地认识到民法典意欲追求的价值目标,从而不至于沦为具有阶段性、权宜性和易变性的政策发动机,这将对民法典的稳定性产生极大的伤害。离心现象和向心现象一直都是法典化的常态,对于那些和民法典的核心价值产生根本性冲突的制度尽管放手让它们离去,对于那些和民法典的核心价值心心相印的新生事物则敞开怀抱予以迎接。只有当意思自治原则在根本上被颠覆,民法典才会真正被解构,但是这一天恐怕永远都不会到来。

(三)原则的具体化

尽管对一般原则进行列举和价值排序具有如上的重要功能,但是由于一般原则固有的抽象性,其仍然无法在根本上消除方法论上的反对意见,“由于总是存在既有的相对立的原则,在一种原则理论的基础上,所有的东西都能被证立,因而是是否将原则算进法律体系没有任何差别。它只是掩盖了法官的决断。”^{〔70〕} 因此,一般原则仍然需要进一步的具体化,这在民法典中就表现为原则的层次划分。次级原则位于一般原则和具体规则之间,例如契约自由原则、遗嘱自由原则、婚姻自由原则、过错责任原则是私法自治原则的具体化;诚信原则可以进一步设立

〔67〕 参见(意)那塔利诺·伊尔蒂:“解法典的时代”,薛军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第四卷,中国人民大学出版社2004年版,第80—85页。

〔68〕 参见(意)那塔利诺·伊尔蒂:“法典的理念”,李飞译,载明辉、李昊主编:《北航法律评论》(2012年第1辑),法律出版社2012年版,第79—96页。

〔69〕 参见(德)马丁·约瑟夫·舍尔迈尔:“德国债法改革:进步还是退步?”,田士永译,载张双根、田士永、王洪亮主编:《中德私法研究》2009年总第5卷,北京大学出版社2009年版,第3—14页。

〔70〕 阿列克西,见前注〔65〕,第218页。

禁反言原则和净手原则作为下位原则；^{〔71〕}公平原则可以设立情事变更原则作为下位原则。但是次级原则仍然比较抽象，其可以进一步的具体化。而且在次级原则的进一步具体化中，更下位的原则并不是从某一个次级原则中推导出来的，很多时候是多个一般原则和次级原则综合权衡的结果。例如，信赖原则是诚信原则和公序良俗原则综合考虑的结果；情事变更原则是公平原则、诚信原则和公序良俗原则综合考虑的结果。

尽管原则可以作不同层次的具体化，但即使是最低层次的原则与规定了完整构成要件的具体规则之间仍然存在不小的距离。在长期的司法实践中，法官依据各类原则发展出来的制度很多已经转化为明确的规则。例如依据诚信原则发展出来的先合同义务、后合同义务、告知义务、附随义务和缔约过失等，在很多国家已经成文化。这也使得对德民第242条关于诚信原则的注释由原先的1500多页减少到539页，因为很多内容已经成文化了。^{〔72〕}史尚宽先生曾根据各国的学说判例将违反公序良俗的类型归纳为21种，其中欺诈、胁迫、滥用优势地位、虚伪陈述、诱使违约等在很多国家也已经变成具体的规则。^{〔73〕}

在原则的具体化和规则化过程中，“相互证立”的融贯标准应予以充分重视，即属于一个体系的陈述之间所包含的相互间的经验性关系越多、分析性关系越多、规范性关系越多，该体系越融贯。^{〔74〕}以物权行为无因性为例，反对者的观点无非是，从经验性的角度看该理论与普通民众的日常思维相悖，除了德国以外，其他国家很少接受这种理论；从分析性的角度看，即便承认物权行为和债权行为的区分，从逻辑上也不能必然得出物权行为无因性的结论；从规范性的角度看，该理论明显违反出卖人的意思自治，在特定情况下对出卖人利益的影响甚巨。但是，如果我们换一种思维的角度，可能会得出不同的结论。物权行为无因性理论确实不是单纯逻辑分析的结果，接受与否很多时候涉及价值判断，尤其是涉及意思自治原则和诚信原则、公序良俗原则之间的抽象重力衡量。从经验性的角度看，普通民众确实可能无法理解，但是民法典的制定更多的时候是为法官提供裁判规范，牺牲一定程度的通俗性是必要的。同时，除了德国以外，甚至英美法的很多判例也接受了无因性理论。^{〔75〕}从规范的角度看，无因性可能给出卖人带来的不利可以通过例外规定予以排除，这就类似于票据行为无因性的三项例外。而且无因性理论存在扩张的趋势，不但有物权行为的无因性、票据行为的无因性，而且还有债权让与行为的无因性、代理权授予行为的无因性。同时随着权利证券化的发展，只要涉及无记名证券的移转，都有可能存在无因性。这种无因性理论的扩张和人类社会日趋陌生人化紧密相关，所

〔71〕 这是日民修正案对诚实信用原则具体化的做法，所谓禁反言，就是违反自身的先前行为，主张背信弃义；所谓净手原则，就是有明显不当行为者请求对其行为进行法律上的救济。加藤雅信，见前注〔28〕，第264页。

〔72〕 参见齐默曼等，见前注〔27〕，第24页。

〔73〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第162—163页。

〔74〕 Robert Alexy, Aleksander Peczenik, *supra* note 35, at 138.

〔75〕 参见(英)威廉·斯沃德林：“撤销、财产与普通法”，吴至诚译，《苏州大学学报》(法学版)2014年第1期，第139页。

谓三人成社会,如果交易永远只涉及两个人,无因性理论就是多余的。这就是为什么在直接当事人之间,票据行为的无因性要被阻却。有学者甚至认为物权行为无因性理论不但不违背意思自治原则,而且符合当事人之间的意思自治,这就为接受该理论增加了更重的砝码。^{〔76〕}上述分析并不意味着中国民法典必须接受物权行为无因性理论,而是说在原则的规则化过程中应充分重视融贯性标准的实现。同时这种融贯性标准的实现离不开程序技术的保障,因为只有立法程序中经过充分的理性商谈,上述融贯性标准才有可能在最大程度上实现。这也是为什么阿列克西要将法律体系区分为规则模式、原则模式和程序模式的原因,他特别指出上述程序模式不但包括法律适用的程序,而且包括立法程序。^{〔77〕}

(四)原则的动态体系化

由于原则的规则化有其限度,因此次级原则作为概括条款的功能仍将持续存在,随之而来的问题就是如何消除概括条款的空洞化以防止法官的恣意。此时瓦尔特·维尔伯格提出的动态体系论浮出水面。维尔伯格提出动态体系论的目的是为了避免一种指引法官仅参酌毫无内容的衡平、正义感、善良风俗或类似概念的程序,从而在概念法学和自由法学之间走出一条中间道路。该理论的核心是,法律后果不应仅基于一个统一的理念来确定,而是应该基于多个方面的相互作用,这些方面可以用要素和动态力量来表述,但是这些要素并非缺一不可,法官可以在具体案件中予以权衡。该理论的目的是使私法的体系获得一种吸收生活的多方面力量的能力而又不失去其内部的支持。^{〔78〕}由于维尔伯格非常强调实证法的限制,以及立法者在动态体系要素选择上的主导作用,因此该理论最主要的贡献体现在立法技术层面,而不是在法律适用层面。^{〔79〕}

以诚信原则为例,卡纳里斯认为,德民第 242 条本身并没有明示具体化所必须的标准,尽管它有利于顺应公平、正义的个别化倾向,但是法的安定性乃至正义的一般化倾向却因此受到伤害。可以想到的方法就是通过动态体系论将概括条款具体化,由此既能顾及前者的要求,又能回应后者的要求。但是他本人只是就诚信原则的次级原则——信赖原则进行了动态体系的建构,对于诚信原则本身则仍然维持原状。^{〔80〕}有学者甚至认为:“诚信原则的模糊性恰恰是

〔76〕 参见(德)乌尔里希·胡贝尔:“萨维尼和物权法抽象原则”,田士永译,载张双根、田士永、王洪亮主编:《中德私法研究》2009 年总第 5 卷,北京大学出版社 2009 年版,第 91 页。

〔77〕 参见阿列克西,见前注〔65〕,第 222 页。

〔78〕 参见(奥)瓦尔特·维尔伯格:“私法领域内动态体系的发展”,李昊译,《苏州大学学报》(法学版)2015 年第 4 期,第 107 页。

〔79〕 维尔伯格的动态体系论改变了原先规则和例外这种非黑即白的二元立法技术,它提供的是一种混合的立法技术,即通过一系列的价值比较为精确的价值衡量提供基础。Mario G.Losano, *supra* note 14, at 253.

〔80〕 参见(日)山本敬三:“民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察”,解亘译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 23 卷,金桥文化出版有限公司 2002 年版,第 226 页。

其生命力的来源。去掉其模糊性,等于把它送进坟墓。”^{〔81〕}但是,美国学者罗伯特·R·萨默斯提出从反面列举不诚信履行的六种要素作为判断违反诚信的基础:①规避交易的本意;②缺乏勤奋并懒惰;③有意仅执行实质履行;④滥用权力制定合同条款;⑤滥用权力以终止对合同的遵守;⑥干预或者不配合合同一方的履行。^{〔82〕}这实际上就是一种动态体系论的思考,这种思考方式在公序良俗原则的具体化中同样存在。德国学者迈尔·马利设计了七项要素作为判断违反公序良俗的基础:①正当秩序的维持;②对自由的限制;③权利地位的恶意利用;④对第三人的加害;⑤重大的等价性障碍;⑥不当的主观意图;⑦与经济利益的不当结合。马利认为,这些否定性因子的协同作用构成违反良俗的基础,它可以超越单纯的类型归纳。^{〔83〕}尽管拉伦茨认为上述动态体系还不够完善,但是毕竟代表了一种努力的方向。^{〔84〕}

原则的动态体系化可以很好地回应论题学对民法典体系建构的冲击。论题学对公理演绎体系的批判固然有理,但是其对所有体系建构的敌意未免极端,尤其是该理论对裁判证立的贡献非常有限。论题学的方法是围绕问题任意地选择一些偶然发现的观点将它们编成观点目录,然后在遵守合理规则的前提下进行讨论,从而寻求问题的解决方法。他们关注的是解决方法的可同意性,而不是其正确性。法律论辩确实可能是按照这种方式展开,但是最终的裁判需要证立,这就需要一种井然有序的思考进程,论据获得其应有的位置,最后则以结论来终结此过程。单纯收集法律上的重要看法,或者单纯的观点目录,均尚不足以达成此项任务。因此论题学需要体系的支撑。^{〔85〕}阿列克西也指出,论题学对于法律说理中所援引的不同的前提条件未作充分的划分,这使得他们得出的结论无法接受正确性的评估。因此他排斥论题学对体系的敌意,从而提出了体系融贯性的观点。^{〔86〕}菲韦格本人在《论题学与法学》这本书的最后特别提及了维尔伯格的动态体系论和论题学的关联,并且给予后者极高的评价,但是他并没有意识到动态体系论可以将他批评的公理演绎体系改变为一个融贯的开放体系。^{〔87〕}实际上论题学思维对于民法典的体系建构仍然有其独特的贡献,在既存法律体系不完善的背景下,法官在疑难案件中主要展现的就是一种论题学的思维,案件的解决最终可以形成一个案例群,而在案例群中归纳出来的具有共性的要素就是动态体系的建构素材,而动态体系则使得民法典成为一个开放的体系。因此本国和他国在司法实践中展现的论题学思维,都可以成为融贯性体系建构的经验性素材和分析性素材。

(五)一般条款的动态体系化

在随后的民法典编纂过程中,我们应该充分考虑一般条款动态体系化的实现可能性。一

〔81〕 徐国栋:《民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究》,北京大学出版社2013年版,第186页。

〔82〕 参见佩岑尼克,见前注〔30〕,第69页。

〔83〕 参见山本敬三,见前注〔80〕,第201页。

〔84〕 参见拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第604页。

〔85〕 Mario G. Losano, *supra* note 14, at 290.

〔86〕 参见拉伦茨,见前注〔7〕,第25页。

〔87〕 参见(德)特奥多尔·菲韦格:《论题学与法学》,舒国滢译,法律出版社2012年版,第112页。

般条款包括两种类型,第一种就是前文提及的概括条款,也就是次级原则的规范表述;第二种是规定了固定构成要件的规范,之所以称为一般,是因为这种规范不是调整个别案件抑或规范某一具体行为,而是调整基于共同的价值判断而联系在一起的一类事实或行为。^{〔88〕}一般条款与列举性条款相对,“其真正意义在于立法技术领域,由于其很大的普适性,一般条款可能使一大组事实构成无漏洞地和有适应能力地承受一个法律后果。列举法总是遭受着残缺不全和暂时地掌握法律材料的危险。”^{〔89〕}

一般条款确实拥有简化法律体系的功能,但是其也存在如下三个问题:第一,一般条款固有的抽象性导致其对法官的价值指引有限;第二,一般条款的固定构成要件又可能使法律的适用趋于僵化,因为只要有一个构成要件不能满足,相应的法律效果就不能发生;第三,一般条款的每个构成要件可能是通过规范性的模糊概念予以表述,这很可能导致法官的恣意。一般条款固有的不确定性所导致的司法裁量权过大以及对民法典安定性的影响已经引发了普遍的顾虑。在德国纳粹和苏联时期,甚至出现了法官打着各种意识形态的旗号将一般条款工具化的危险行径。这也导致了对一般条款截然相反的评价,赞扬者称之为“规则之王”,批评者称之为“致命的祸害”。

以《侵权责任法》第6条第1款为例,这是一个关于过错责任的一般条款,其体现了私法自治的理念,因为过错以行为人拥有自由意志为前提。如果缺少任何一个构成要件,例如缺少过错要件,侵权责任都不成立。但是,过错概念本身是一个规范性的模糊概念,这也是在解释论上长期争论不休的话题。为了解决上述问题,在以《欧洲侵权法原则》(以下简称PETL)、DC-FR和《奥地利损害赔偿法草案》(以下简称奥损害草案)等为代表的最新立法趋势中,出现了频繁运用动态体系论的趋势。该理论也被认为是一条摆脱在不特定的一般条款和固定构成要件的详细决疑论之间进行两难选择的可能中间道路。^{〔90〕}但是学说理论对于如何运用动态体系论进行法典编纂仍然充满了争议。奥损害草案先后经历两个版本和一个反对草案,争论的焦点就是立法中采纳动态体系论是否会影响法典的安定性?动态体系论和固定构成要件是否处于一种非此即彼的关系,两者是否能够并存?^{〔91〕}

比德林斯基提出了彻底动态体系化的方法,即使一般条款规定了固定构成要件,只要这些要件包括两个以上可以作阶段性划分的构成要件,并且其中包括存在总括性的利益评价时,也可以将其动态体系化。^{〔92〕}如果按照德国的学说理论,侵权责任的构成要件可以作三阶层划

〔88〕 参见(意)斯特凡诺·特罗伊安罗:“《意大利民法典》中的一般条款”,张礼洪等译,载张礼洪、高富平主编:《民法法典化、解法典化和反法典化》,中国政法大学出版社2008年版,第380页。

〔89〕 (德)卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第153页。

〔90〕 参见(日)大久保邦彦:“依据动态系统论立法的方法论基础”,《国际公共政策研究》2012年第17卷1号,第25—26页。张小丰提供了日语文献并将其译为中文,特致谢意!

〔91〕 参见(日)大久保邦彦:“损害赔偿法的内在体系和依据动态系统论的立法”,《国际公共政策研究》2013年第18卷1号,第113—115页。

〔92〕 参见山本敬三,见前注〔80〕,第222页。

分,那么即便构成要件是固定的,也可以动态体系化。例如,行为人的过错无法认定,但是损害很大、因果关系确定、不法行为存在,行为人的侵权责任仍然可能被认定;如果因果关系不确定,但是行为人存在故意、损害很大、不法行为存在,那么行为人的侵权责任也可能被认定。^{〔93〕}但是,卡纳里斯激烈反对上述观点。他认为,在法律规定了构成要件的地方,不存在进一步动态体系化的可能。因为立法者规定固定构成要件,其目的就是为了避免因法官的自由裁量而使法律效果不确定。彻底的动态体系化实际上滑向了自由法学一边,动态体系不是要完全代替传统的体系,它只是对传统体系的补充。^{〔94〕}这种观点有其合理性,但是前述一般条款的三个问题仍然无法解决。奥损害草案和 PETL 走出了一条新路。

这条新路就是在维持固定构成要件不变的前提下,将其中一些重要的,但是同时又属于规范性模糊概念的构成要件予以动态体系化。即固定构成要件仍然缺一不可,但是具体的构成要件则可以通过动态体系予以判定。以损害要件为例,奥损害草案第 1293 条第 1 款首先将损害界定为不利益,第 2 款则规定:“利益的保护尤其取决于该利益的顺位、价值、是否可以界定以及其公示性,但也同样取决于人格自由展开、权利享有的利益以及公共利益。”该款遭到了批判,因为没有明示评价的基础,起草小组随即增加了第 3 款:“明确界定并具有公示性的人格权,首先如生命、身体不可侵犯性,各种物权以及知识产权,受到最高程度的保护。债的关系之外的纯粹经济损失只有在例外情况下才受到保护。”^{〔95〕}

PETL 的规定则更加清晰,其第 2:102 条规定:“①受保护利益的范围取决于利益的性质;价值越高,界定越精确、越明显,其所受保护就越全面。②生命、身体和精神的完整性,人的尊严和自由受最全面的保护。③财产权包括无形财产权受广泛保护。④纯经济利益和契约关系的保护可受更多限制。此时,尤其要充分注意行为人与遭受损害危险者之间的紧密型,或者行为人知道其利益肯定不如受害人的利益价值大,而其行为将造成损害的事实。⑤保护范围也受责任性质的影响,在故意侵害利益时,对利益的保护程度更高。⑥在确定保护范围时,应考虑行为人的利益尤其是其行动自由与行使权利的权益,以及公共利益。”起草者指出上述价值排序并不是绝对的,“利益的保护范围既取决于一个或多个既定因素,也取决于这些因素的权衡以及相互之间的关联。保护范围依赖诸因素的整体权衡,因此,如果对立利益占优势,即使等级高的利益也得不到保护。”^{〔96〕}这实际上就是一种动态体系的表述,同时也是一种全虑优先性的表现。这种动态体系的立法在奥损害草案第 1296 条、PETL 第 4:102 条关于过错判断的规定中也得到了充分的展现。

上述立法例遭到了两种截然相反的批判,一种观点认为,这种动态体系立法打开了法官恣

〔93〕 参见(德)布吕格迈耶尔、朱岩:《中国侵权责任法:学者建议稿及其立法理由》,北京大学出版社 2009 年版,第 127 页。

〔94〕 Mario G.Losano, *supra* note 14, at 225.

〔95〕 大久保邦彦,见前注〔91〕,第 117 页。

〔96〕 欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏等译,法律出版社 2009 年版,第 64 页。

意之路,把审判变得无法预见,从而带来最高的法律不确定性;另一种观点认为,上述动态体系的立法并不是一种真正意义上的动态体系论,因为单个构成要件的动态体系化并没有改变整体构成要件的缺一不可,而动态体系论的目的就是要让整个构成要件动态起来。对于第一种批判意见,奥损害草案的起草小组作了如下回应:“通过列举出应该被考虑的要素来限制法官的裁量,不确定性会变高;而一旦失去对裁判来说重要的因素,法律的确定性便增加,这种批判未免使人哑然。”^{〔97〕}第二种批判意见实际上就是要回到比德林斯基的彻底动态体系论上,海玛在介绍《荷兰民法典》特色的论文中指出,开放标准和法律不确定性的固有地位在事实上是一种奢侈品,它以强大而可靠的司法机关为前提,因而只能被发达的法律体系所容纳。^{〔98〕}考虑到中国目前的司法状况,PETL 所采纳的位于彻底动态体系化和严格固定构成要件之间的编纂技术,更值得我们采纳。在上述动态体系化的过程中,无论是要素的提炼,还是利益位阶的排序,都离不开对民法基本原则的充分运用和理解。对于中国而言,内在体系外显的工作还刚刚开始。

Abstract: It is not a common practice for legislature to list basic principles in the General Part of the Civil Code from the perspective of comparative law. The counter-example in the General Provisions of the Civil Law of our jurisdiction is more of a continuance of the legislative traditions in socialist states. Although the legislature might have not had clear awareness, such way of legislation is also highly relevant to the exteriorisation of the interior system and the coherence of the system. Despite the differences between the aforementioned two theories in terms of their emergence time and their theoretical foundation, they nevertheless have one thing in common. That is the common purpose of overcoming the rigidity of the Pandectist School, and thereby providing more normative guidance for judges in deciding hard cases. One more important task is to carry out deep research with regard to the relation, the normative hierarchy, and the possibility of having a dynamic system among these principles. Another key issue in the upcoming stages of codification is to clarify the underlying normative ideas embodied in these principles by concrete rules, in order to realise the systematic coherence of the Civil Code.

Key Words: Basic Principles; Interior System; Exterior System; Coherence; Finding Rules

(责任编辑:薛 军)

〔97〕 参见大久保邦彦,见前注〔91〕,第122页。

〔98〕 参见(荷)J·海玛:“荷兰新民法典导论”,载《荷兰民法典》(第3、5、6编),王卫国主译,中国政法大学出版社2006年版,第24页。