

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

 使用大字体察看本文
阅读次数: 1692

浅谈“法律事件” ——民事案例在民法典中国化中的作用

程计山

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

我国的民法典草案已经开始在起草、讨论过程之中了，这对于我的法治化无疑将会起到非常大的作用。现在学者关于我国的民法典应当采用何种编纂模式争议很多；从编纂形式上，在我国民法典订立的过程中，借鉴外国先进的经验非常重要；还应当看到，民法作为国家的一项最为基本的法律之上，往往能够从内容上体现出一个民族的精神；并且民法同时随着民族的精神的发展而不断发展进步的。外国的民法是如何发展进步的？一些现代民法理论是如何创造或者说发现的？既在我国制订民法典的过程中，还应当从民族典的内容上学习世界民法发展与进步的方法。

在此，我想到了两件小事。一件小事是，在我小的时候，我们老家的大人们经常为一种叫作“镇物”的东西发生纠纷乃至大打出手。所谓的“镇物”，就是一种小的石狮子。根据我们当地的迷信说法，将石狮子放在房上，冲着谁家谁家就会倒运；因此和谁家有仇，往往就会采用这种方式诅咒对方；而对方发现之后，往往会因此发生争吵或者大打出手。由于笔者进法院时间很晚，不知道法院是否会受理这样的案件以及受理后是如何裁决的。另外一件小事就是，在笔者所在的法院，见到过几件关于质押合同的纠纷，这几件案件很相似，就是借款人借用第三人的存单到信用社借款，借款人代替存单所有人签定了借款合同；现在存单所有人以自己没有在质押合同中签字为由主张出质存单不是其真实意思的表示，要求法院判令质押合同无效，信用社返还存单；诉讼中，信用社辩称当时由于没有实行存款实名制，并且当时的习惯就是由贷款人自己找存单，由于这在当时是一种习惯，因此上应当认定质押合同合法有效。

在西方，由于存在着脱离国家的市民社会，民法的原意就是市民法，民法是市民社会自治为主，市民社会发生纠纷之后国家权力介入为保障的法律。而市民自治没有出现争议或者出现纠纷协商解决之后，国家机关是不会主动地介入的，这时，无论是法学专家还是司法人员都不会发现民法中存在的问题以及如何修改民法才能够发挥出其对于保证社会公正的作用，即民法自身的发展与进步。而只有市民社会的主体发生争议进入诉讼程序或其他解决争议的程序之后，即成为可以发现的“法律事件”之后，司法人员或者法律专家才能够对于既有的法律是否存在问题而进行思考和探讨，从而引起民法理论的重大突破。比如在英美的判例法体系之中，具有很好的职业道德与社会良知的法官针对个案的判决所形成的判例，不仅为判例法系国家的发展与进步做出了巨大的贡献，同时法官针对个案的判例也是引起成文法国家民法理论进步与创新的重要依据。例如，罗杰·塔尼在任美国联邦最高法院首席法官期间，其审理了“查尔斯河桥控诉沃伦桥公司案”。该案的案情为：有一家老公司即旧桥公司经营着波士顿通向外地收取通行税的大桥，而马萨诸塞州议会通过了一项法案，决定修建一座与旧桥平行的免费大桥既成立一家新桥公司。旧桥公司认为新的免费大桥的建立，自己的大桥将无人行走，实际上这是没收了自己的财产，并且是违反契约的行为，因此提起诉讼。按照当时的民法学理论与前任首席法官的判例，新桥公司的成立也确实构成了没收私有财产和破坏了契约，按照既有的法律与判例旧桥公司应该胜诉，新桥公司应当收购旧桥公司或者向旧桥公司予以赔偿。这个案件上诉至最高法院之后，首席法官塔尼对之进行了理性分析之后，以自己的社会良知代表多数人的权利，在判决之中写道：“……私有财产的权利固应受到神圣不可侵犯的保护，但我们决不可忘记，社会也有它的各种权利，每一个公民的幸福和安乐有赖于忠实地维护这些权利”，这个案件所形成的判例不仅为之后美国开发西部中具有重要作用的铁路建设扫清了法律上的障碍，修建铁路的公司不必收购或者赔偿当时在交通运输中占主导地位的马车公司，从而为美国的发展发挥出了重要的作用，而且

创造出了被成文法国家所采用的“私有财产的社会责任”这一重要的现代理论，对于既有的私有财产神圣不可侵犯的原有观念有了重大的突破。因此，民法学理论中突破原有的观念以实现民法学的发展进步正是通过“法律事件”——案例以及对案例的研究探讨来完成的。另外，以“合法手段掩盖非法目的”等等现代民法学中的原则也是在市民主体间发生争议进入诉讼程序从而形成“法律事件”之后，或者由成文法国家的法律学者或者由英美法系的法官以判例的形式对原有的民法理论进行冷静地思考之后作出的。

回头再来谈我前面说过的两件小事。对于第一件小事，假如放“镇物”的事件引起了诉讼，应当如何地对之进行裁决？大家都知道，利用“镇物”诅咒对方纯粹是封建迷信的东西，没有任何的科学依据。但具体到一定范围的社会群体之中，在这个社会之中大家都相信它并且被诅咒一方认为对方侵犯了自身的权利，事实上放“镇物”的行为在这个特定的社会群体之中确实也会对被诅咒的一方当事人造成精神上的损害，因此向法院提出排除妨碍和精神赔偿诉讼之后，法院应当如何判决？仅仅以属于封建迷信、没有科学依据为由就驳回原告的诉讼请求是否合理？民法典之中对于这种行为应不应当予以规范或者应当如何规范？对于第二件事情，按照现有的担保法的规定，质押合同应当由双方当事人签字。但当事人的签字仅仅是为了证明存单出质人意思表示的形式要件，但按照一般人的常识，出借存单应当知道借存单的目的是为了质押贷款，那么说其本人没有在质押合同上签字，出借存单的行为对其造成损失之后应当由谁承担责任？对于出借存单的行为应当如何认定？民法典得以实施并发挥出其维护社会公平正义的作用，必须依据民法典在社会上的普及程度，但根据现在人们的法律知识以及交易习惯，民事代理行为应当规定才能够公平公正地分担当事人之间的权利义务关系？

之所以提出上面的两件小事，以“镇物”方式诅咒人是我国一些地区特有的封建迷信思想；而信用社在签订质押合同时由存单持有人而不是由存单所有人签字在西方民法发达的国家是不会发生的，也只有在我国目前法律还没有普及、并且在当时的社会环境之中信用社放贷款时已经形成了这样的习惯的情况下才会发生。虽然在我国民法典之中未必对这样的小事予以规范，但从这两个小事之中可以得出这样的结论：虽然在我国民法典订立的过程之中吸引西方发达国家的民法体系是非常重要的；但因为中国的民法典是为了确立中国民事主体的权利义务关系而存在的，因此中国的民法典只有符合中国现实的社会，才能够公平地确定各种民事主体之间的权利义务关系，体现出我国的民族特有的精神，达到我国制订民法的目的。而欲使民法典具有中国特色，不仅应当学习西方民法典的编纂体系，更应当学习西方民法得以进步发展的方法。同样地，作为中国市民社会的自治法律，在没有发生纠纷、没有进入诉讼或者其他争议的解决程序时，法律学者和司法人员都无法对之了解；但进入民事诉讼程序，形成“法律事件”之后，中国的市民社会存在的问题以及如何才能够用民法典对之进行规范才能够发现。因此上，欲使民法典符合中国的国情、为中国的社会进步与发展发挥出其自身的作用，只有对中国法院的民事判例进行分析和研究。

在我国的民法发展进程中，较为完备的统一合同法的制订为我国的提供了很好的经验。而合同法的制订，正是在原有的经济合同法、技术合同法以及对外经济合同法三个独立的合同法在运行了十几年之后，通过在对于合同的争议的案件的分析与研究后发现了其中存在的问题，同时吸收了西方国家先进的民法理念，制订出了较为科学完备的统一合同法。但在物权领域，由于我国没有制订过统一物权法，因此在民法典中的物权法编中，如何制订才能够科学合理？尤其是是地权。我认为，在我国实现市场经济的条件下，土地的集中占有与经营才能够创造出最佳的经济效益，为社会总财富的增加与提高我国的农副产品在国际市场中的竞争力发挥出最佳的效益。因此上物权法编应当为土地的集中占有与经营发挥出其应有的作用。但是，现在的问题在于：如何才能够实现中国土地资源的集中占有与经营？作为物权法中重要因素的土地使用权如何规定才能够兼顾到土地的集中占有经营与现有的土地承包权呢？因此在对于物权法尚没有进行深入的研究与探讨形成共识之前，并且在没有对于关于物权诉讼的案件进行分析与探讨的情况下，现在制订统一的民法典的时机是否成熟呢？因此我认为和合同法一样，中国应当先制订出独立的物权法，在其运用一段时间，通过对于物权诉讼案件的分析，发现其中的问题使得修订物权法的条件成熟之后再制订统一的民法典，这样才能够保证民法典的合理性与稳定性。

另外，如何认识近年出现的“亲吻权”、“悼念权”等新形的诉讼案件呢？由此带来的问题在于：在人民法院审理法律没有明文规定的纠纷时，法官的自由裁量权应当有多大？因此上笔者认为，同时作为法官解决民事纠纷的规则民法典，没有必要也不可能对于所有的民事权利都归纳进去；为了保证社会的公正和法律关系的稳定，民法典之中必须赋予法官在审理民事案件时一定的自由裁量权，但这样同时也对于法官的职业道德素质提出了极高的要求。民法典除了考虑公平地分配民事主体的权利义务关系外，还应当考虑社会对于法官审理案件后作出的判决接受与认可程度。现在比较敏感的问题在于：以现有的法官职业道德素质，赋予法官多大的自由裁量权社会才能够接受、才能实现社会的公平与正义？而能够被社会接受的法官自由裁量权幅度，同样在于对于法官发挥了自由裁量权作出判决后的具体的案件及社会的接受认可程度进行分析与探讨，才能够找到一个能够被社会接受并且是科学合理的大致的范围，未来的民法典对于法官的自由裁量权应当给予多大程度的界定，才能够使得法官审理案件之后的裁判被社会认为是公正、公正的呢？这同样需要调查现有法官在行使自由裁量权之后的社会反映与评论。

按照我国民法关于级别管辖的规定，属于案性重大的案件应当由中级人民法院管辖；但是，大量的民事诉讼还是在基层人民法院审理的。案性重大并不一定说明争议的复杂性。因此，如果对于中国民法典所依赖的社会环境进行深入的分析研究，只有通过基层法院的民事案件进行大量的调查分析与研究，对于其中的问题由法学专家和司法人员共同进行研究探讨，这样才能够制订出具有中国特色的民法典。

可以肯定的是，如果对于基层法院的判例进行大量地分析研究，法学专家和司法人员将会付出巨大的艰辛立法成本，并且需要长期的研究。但是，民法典作为反映一个民族精神与特性的最为重要的基本法律之一，应当具有相对的稳定性。因此，为了民法典的稳定性与科学性，对我国基层法院的判例进行大量的分析、研究付出成本与时间是值得的，同时吸收西方发达国家的民法先进理念，才能制订出符合中国国情、反映出中国的民族精神与特的民法典，为中国的法治建设发挥出应有的贡献。

电子邮件：chengji sham1@163.com

相关文章：

个税立法听证不应缺失农民的声音
因国家机关行为导致的后果应成为公民免责的法定事由
“刑讯逼供”：一个可怕的“细节”
法治时评：消除刑讯逼供的治本之策
防错杀必须改革死刑裁判制度
浅谈对“农民工”的权益保障
浅谈判例制度与司法权威的关系
《两拍》中三则故事看“民情”在官员审理案件中的作用
“孝道”：需要法律来保护？
“下海”与“留职”：鱼与熊掌能兼得？
对“农民工”的语境分析
“审计纠纷”与司法介入
从个案谈社会习惯在法官的法律理性中的地位
关于银行收取消费者违约金的思考
对暂缓起诉制度的疑问
从民事赔偿制度谈私有财产的宪法义务
法官的意识、意志与社会的稳定、进步
关于人民陪审员文化素质之我见
人权保障，从程序公正开始
法官的“慎言”与法官正义感实现的局限性
浅谈对被执行人履行能力的审查
对汽车召回制度的冷静思索
“春秋决狱”中的合理内核与司法理念的本土化
从宪法司法化谈私有财产的宪法保护
对“专业打假者”的思考：社会需要什么样的市场秩序？
道德的冲突与法律的尺度
法治的“异化”
法律面前只有权利而没有弱者
刑事诉讼的独特价值与司法人员观念的更新
从“招商引资”谈民营企业的生存发展环境
从中国的民居谈财富的“原罪”
从“合理的怀疑”的合理性谈我国的宪政建设
从“五毛钱的官司”谈社会公平模式的选择
从杨朱的“为我”谈法治社会应有的价值观念

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)