

论中国民法典编纂的汉语思维

申惠文

(郑州大学 河南 郑州 450001)

摘要 学界的争议很多是语言的争论,民法学研究面临语言学的转向问题。汉语是中华文明传承的纽带,中国民法典应当采用规范的汉语。学界应当凝聚法学和语言学的智慧,运用互联网大数据思维,梳理民法术语的使用频率,打造中国风格的话语体系。正在审议的《民法总则(草案)》采取了“民事法律行为”概念,不可避免地出现了“违反法律的民事法律行为无效”的表达,而这种表达不符合汉语语法。“侵权行为”是“民事行为”,但不是“民事法律行为”,这在汉语语境下是无法理解的。“合同”是中国土生土长的法律概念,具有中国汉语文明独特的优势。中国民法典编纂应当强化汉语思维,扩张“合同”的概念,突出合同法的地位,采取合同法、物权法和侵权责任法依次递进的民法分则结构。

关键词 民法语言学;汉语法学;法律行为;民事行为;民事法律行为

中图分类号 D923;H1

文献标识码 A

文章编号 1003-8477(2017)01-0151-08

DOI 10.13660/j.cnki.42-1112/c.013977

采用“法律行为”,还是“民事行为”的概念,抑或是表述为“民事法律行为”,是我国民法典编纂中的重大问题。《民法通则》采用的是“民事行为”概念,主流民法学者主张采用“法律行为”表述,而2016年6月全国人大常委会审议的《民法总则(草案)》使用的是“民事法律行为”。从本体论到认识论,从认识论到语言论,这是哲学发展的基本进路。目前中国民法学界对基本问题已经达成初步共识,关键是如何运用语言表达所形成的共识。学界的争议很大程度上是语言的争论,民法学研究面临着语言学的转向问题。中国民法典是中国人的民法典,是用汉语表述的民法典,是中华文明的延续和发展。中国民法典编纂应当更多地强调汉语思维,强

调汉语文明、汉语语境、汉语规律,用中国语言描绘中国人的生活愿景。为此,本文从“法律行为”、“民事行为”和“民事法律行为”等基本概念出发,采用互联网大数据实证研究的方法,在汉语语法学的基本立场上剖析中国民法典编纂的汉语思维,以期提出相应的立法建议。

一、汉语世界的“法律行为”

“法律行为”是德国民法典的基础概念,在德语语境下相对容易理解。汉语中的“法律行为”与德语中的“法律行为”明显不同。无论如何阐释“法律行为”这四个汉字的含义,都无法与“私法自治的工具”画等号。汉语中的“法律行为”,更多是指具有法律意义的行为。

作者简介 :申惠文(1981—),男,郑州大学法学院副教授,中国应用法学研究所和中国社会科学院法学研究所博士后研究人员。

基金项目 :中国博士后科学基金面上一等资助项目“民法典提取公因式立法技术研究”(2016M590181);国家法治与法学理论研究项目“民法典中行政权运行规范研究”(15SFB3026)的阶段性研究成果。

（一）“法律行为”概念的学科争议。

中国民法学者普遍认为，“法律行为”是与“事实行为”相对应的概念，指以意思表示为要素，并按照意思表示内容发生私法效果的行为。从外延看，“法律行为”是对合同、婚姻、遗嘱等意思表示行为的抽象，不包括侵权行为，更不包括犯罪行为。如梁慧星教授认为，法律行为是大陆法系民法普遍采用的概念，我国民法典应当采纳“法律行为”概念，将其定义为私法自治行为。^{[1](p98)}

中国法理学者普遍认为，“法律行为”与“道德行为”相对应，是指“法律意义上的行为”，或“法律调整的行为”。从外延上看，“法律行为”是指一切具有法律意义的行为，包括合同行为、侵权行为、犯罪行为、立法行为、行政行为和司法行为等。如张文显教授认为，“法律行为”与“非法律行为”对应，而不是与“违法行为”对应，是具有法律意义的一切行为。^{[2](p132)}

本文认为，中国民法学者和法理学者对“法律行为”的理解存在重大争议是由法律移植中的翻译造成的。民法学者所称的“法律行为”，与德语“Rechtsgeschäft”相对应，指“意欲发生私法上效果的行为”。法理学者所称的“法律行为”，与德语“Rechtshandlung”相对应，是指“能够引起一定法律后果的行为”。汉语用一个词语表述德语中两个不同的概念，造成了中国民法学界和法理学界对“法律行为”概念内涵的长期纷争。

对“法律行为”理解不同的深层原因是各自的语言哲学不同。语言是广义的符号，是思维的基本工具。符号学包括语形学、语义学和语用学。语形学研究符号相互之间的形式关系，语义学研究符号与其所指示的对象之间的关系，语用学研究特定语境下符号的意义。法理学学者选择语义学的论证思路，强调概念的基本词义，强调概念的本土性。而民法学者更多采取语用学的论证思路，强调概念的历史形成过程，强调概念的移植性。法理学学者的理解更接近人民群众，符合汉语的思维规律，而民法学者的理解属于学术探讨，须借助德语语境，并未融于现代汉语体系。

（二）“法律行为”概念的改进方案。

有学者指出，民法学应当放弃“法律行为”这一表达，改用“法律交易”、“权利交易”、“设权行为”等。如米健教授认为，德语“Rechtsgeschäft”中的

“Recht”指“法律”，但“Geschäft”并不是“行为”，而是“交易”，因此应当翻译为“法律交易”。所谓法律交易，是以一定意思表示指向特定法律后果的行为，是意欲获得一定法律后果的行为。^{[3](p63)}田士永教授认为，德语“Rechtsgeschäft”中的“Recht”，并非“法律”，而是指“权利”，“Geschäft”是指“交易”，而不是“行为”，因此应当翻译为“权利交易”。翻译为“法律行为”，就很难看出“法律行为”与权利的关系，以及与交易的关系。^{[4](p20)}宋炳庸教授认为，“法律行为”概念更名为“设权行为”，能够突出行为的设权性本质，彰显私法自治精神，能够派生出“有效设权行为”和“无效设权行为”等词组，符合符号学基本原理。^{[5](p80)}

还有学者认为，法理学应当放弃“法律行为”这一表达，改用“法效行为”。如朱庆育教授认为，德国法学创设法律行为这一概念，是用以承载私法自治理念，意志与法律效果之间的内在关联性质，构成了法律行为概念的根本特征，因此法律行为仅仅存在于私法领域。^{[6](p369)}薛军教授认为，中国应当采用二元法律术语体系，以“法效行为”指称“一般意义上具有法律后果的行为”，以“法律行为”指称“产生行为人的意思所欲追求的法律后果的行为”。^{[7](p36)}

本文认为，将民法学中的“法律行为”更名为“法律交易”、“权利交易”和“设权行为”，或将法理学中的“法律行为”更名为“法效行为”，并没有显示出明显的语言优势。作为一种基本的理解工具，逻辑和语义分析应当予以优先利用。法理学中的“法律行为”，用来指称具有法律意义的一切行为，具有合理性。民法学中的“法律行为”应当更名，采用其他符合汉语语法的表达方式。

第一，“法律交易”、“权利交易”等不能涵盖“行为”的基本内涵，也无法有效表达与此对应的“道德交易”和“义务交易”。法律行为包括单方法律行为和双方法律行为，包括财产法律行为和人身法律行为。按照通常的理解，“交易”往往指双方的财产交易行为。汉语的单独语词无法表达单方的法律交易、单方的权利交易，也无法将婚姻视为法律交易、权利交易。从逻辑上，“法律交易”与“道德交易”相对应，“权利交易”与“义务交易”相对应，但“道德交易”和“义务交易”讲不通，不能表达真实的意图。

第二，将民法学中的“法律行为”更名为“设权行为”，容易与“处分行为”相混淆。“处分行为”和

“负担行为”是传统法律行为的重要分类,具有特定的法律内涵。“设权行为”与“处分行为”很难区分,也很难说“设权行为”包括“负担行为”。另外,将赠与合同和无偿委托等视为“设权行为”,不符合当事人的真实意图。将结婚和收养等视为“设权行为”,也不符合汉语表达习惯。

第三,将法理学上产生法律效果的行为简称为“法效行为”,不符合汉语语法。根据汉语习惯及规则,法律可以简称为“法”,但法律效果或法律效力不可以简称为“效”。如果“法效行为”的表达能够成立,那么还会出现“道效行为(具有道德后果的行为)”、“政效行为(具有政治后果的行为)”、“经效行为(具有经济后果的行为)”等衍生词组。这些表述不符合人们长期形成的语言习惯,很难被大众所接受。

(三)“法律行为”概念的实证考察。

根据北大法宝,共有4部法律采用了“法律行为”概念。多数含义是广义的,指具有法律意义的一切行为。如《信托法》第65条规定:“信托监察人有权以自己的名义,为维护受益人的利益,提起诉讼或者实施其他法律行为。”《证券投资基金法》第19条规定,公开募集基金的基金管理人“以基金管理人名义,代表基金份额持有人利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为”。另一种含义是狭义的,是指民法上的意思表示行为。如《物权法》第25条规定:“动产物权设立和转让前,权利人已经依法占有该动产的,物权自法律行为生效时发生效力。”

根据北大法宝,共有2项行政法规采用“法律行为”的概念,其含义都是广义的,如《公证暂行条例》第2条和《律师收费暂行办法》第8条等。4份国务院规范性文件采用“法律行为”概念,其含义也都是广义的。如《清产核资办法》第16条第1款规定:“(试行)所有权界定是指对企业、单位占有、使用应属国有的资产依法确认所有权的法律行为。”《国务院法制局关于法律室任务职责和组织办法的报告》第1条规定,法律是“受本部门的委托代表本部门进行有关公证、公断和起诉、应诉等法律行为。”

根据北大法宝,共有32个部门规章和81份部

门规范性文件采用了“法律行为”的概念,其含义也都是广义的。如《中国银行业监督管理委员会关于完善银行理财业务组织管理体系有关事项的通知》第4条:“……代表投资者利益行使法律权利或者实施其他法律行为。”《劳动就业服务企业产权界定规定》第3条:“劳服企业产权界定系指按照国家有关法律、法规规定,明确劳服企业财产所有权归属的一种法律行为。”

根据北大法宝,共有2条司法解释使用了“法律行为”。含义分两种:一是广义的法律行为,包括人民法院的法律行为。如《最高人民法院关于印发非刑事司法赔偿典型案例的通知》规定:“审查处理非刑事司法赔偿案件时,要注意区分人民法院在保全或执行中做出的法律行为和事实行为。”二是民法上的意思表示行为。如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《物权法司法解释一》)第18条第2款规定:“当事人以物权法第二十五条规定的方式交付动产的,转让动产法律行为生效时为动产交付之时。”

根据北大法宝,从法院裁判文书看,“法律行为”更多是指具有法律意义的一切行为,包括犯罪行为、行政行为和诉讼行为等。如“复印设备公司提出张养成诈骗,要求中止审理本案,因其与张养成系另一法律行为,该院不予支持。”^①“与当场行政处罚决定所涉具体行政行为相比,责令改正通知书属于从法律行为。”^②“解封属程序性法律行为,解封措施应通过人民法院做出裁定书予以实施”^③等。

从以上分析可知,我国现行立法和司法实践中更多是采取广义的“法律行为”。只有《物权法》和《物权法司法解释一》采用了狭义的“法律行为”,将其界定为意思表示行为。其实《物权法》第25条采取“法律行为”的概念,是没有经过充分讨论的结果。从立法体系看,第15条关于不动产物权变动的立法条文没有采取“法律行为”的概念。从立法目的看,《关于〈中华人民共和国物权法(草案)〉的说明》并没有提及将《民法通则》中的“民事行为”更名为“法律行为”的问题。《物权法的基本原则及其主要

①参见最高人民法院(1997)经终字第260号判决书。

②参见江苏省南通市中级人民法院(2014)通中行终字第00341号判决书。

③参见最高人民法院(2014)民提字第92号判决书。

内容》也没有提及该问题。这表明立法者在不经意间,采取了德国民法上的“法律行为”概念。然而,由于“法律行为”此处所指的意义不符合汉语的表达思维,并没有被广泛地使用和传播,也没有被法律共同体普遍接受。

二、汉语世界的“民事行为”

法律是法律规范体系,也是语言规范体系。我国《民法通则》舍弃传统“法律行为”概念,创设“民事行为”,以及与此相关的“民事法律行为”和“民事活动”概念,具有历史的进步意义,但仍然面临诸多语言困境。民事活动和民事行为很难区分,将侵权行为视为民事活动,而不是民事行为,不符合汉语思维规律。实证考察这些概念的使用情况,对于未来的立法选择具有借鉴意义。

(一)“民事行为”概念的利弊分析。

《民法通则》在概念选择上具有以下特点:第一,创设“民事法律行为”概念,并将其界定为“合法行为”,也就是合法的意思表示行为。第二,创设“民事行为”概念,并将其作为“民事法律行为”的上位概念。民事行为就是意思表示行为,有效的民事行为就是民事法律行为。第三,创设了“民事活动”的概念,并将其作为“民事行为”的上位概念。不仅民事行为是民事活动,而且侵权行为和无因管理行为也是民事活动。

本文认为,《民法通则》没有采用传统民法上的“法律行为”概念,而是采用“民事法律行为”和“民事行为”具有合理性。这是中国民事立法走向独立自主的开始,是汉语思维意识强化的开端。根据汉语语法,法律行为与道德行为相对应,是指具有法律意义的行为。法律行为包括民事行为,法律行为与民事行为是种属关系。在汉语世界中,“法律行为”无法解释为“私法自治的工具”。即使为了准确性和严谨性,法律专业术语可以脱离日常语言,但也应当符合基本的语言规范。目前许多的民法典总则学者建议稿都主张将“民事法律行为”改为“法律行为”,以与德国民法典的概念保持一致。这种想法脱离了中国语言文化,不符合汉语的基本常识,也抹杀了《民法通则》的改革尝试。生搬硬套德国法上的“法律行为”概念,即使与国际接轨了,也与中国

汉语脱轨了。

当然,《民法通则》在概念使用方面也存在诸多问题。第一,强行区分民事法律行为和民事行为。在民法语境下,民事行为当然是民事法律行为,不可能包括民事道德行为。汉语习惯用四个字表述特定的概念,民事行为是民事法律行为的简称,民事活动是民事法律活动的简称。第二,将民事行为界定为意思表示行为。民事行为是民法上的行为,不仅包括意思表示行为,而且也包括非意思表示行为。在汉语世界,民事行为应当包括侵权行为、无因管理行为等。第三,强行区分民事行为和民事活动。汉语中,很难区分“民事活动”和“民事行为”,以及“民事法律活动”和“民事法律行为”。从体系解释看,“侵权行为”是“民事活动”,但不是“民事行为”,更不是“民事法律行为”,这在汉语语境下是无法理解的。

(二)“民事行为”概念的实证考察。

根据北大法宝,在法律层面,只有《民法通则》采取了“民事行为”的概念。从《民法通则》第58—61条规定看,民事行为是指所有的意思表示行为,包括合法的民事行为、无效的民事行为和可撤销的民事行为等。

从司法解释层面,“民事行为”概念具有不同的含义。一是所有的意思表示行为。如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第2条规定:“当事人未以书面形式或者口头形式订立合同,但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的……”《关于审理公司登记行政案件若干问题的座谈会纪要》第3条规定:“利害关系人以作为公司登记行为之基础的民事行为无效或者应当撤销为由,对登记行为提起行政诉讼的……”二是指民法上的所有行为,包括侵权行为等。如《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》规定:“为正确审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件,规范证券市场民事行为,……”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释(一)》第2条规定:“因公司法实施前有关民事行为或者事件发生纠纷起诉到人民法院的,……”^①

^①类似的规定还有《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第31条,以及《最高人民法院关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释》第9条等。

从法院裁判文书看,“民事行为”也具有不同的含义。一是民法上的意思表示行为。如某判决书中载,“《借款合同》符合民事行为生效的要件,为有效合同”等。^①二是民法上的所有行为,包括侵权行为,表述为“侵权民事行为”等。如“阻挡原告修建大门的行为属于维护其合法权益的民事行为”,^②“本案是因二被告长期占有原告房屋的侵权民事行为而提起的民事诉讼”,^③“被告人温某某故意伤害他人身体,……被告人温某某当庭自愿认罪,且就民事行为与被害人达成了和解协议”等。^④

(三)“民事法律行为”概念的实证考察。

从法律层面,有2部法律使用了15次“民事法律行为”的概念。其中《民法通则》使用了13次,《公证法》使用了2次。如《民法通则》第54条规定:“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”《公证法》第2条规定“依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明”。这些法律条款中的“民事法律行为”只有一种含义,即民法上的意思表示行为。

在司法解释层面,“民事法律行为”只有一种含义。《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第2款规定:“基于与建设单位之间的商品房买卖民事法律行为,已经合法占有建筑物专有部分,但尚未依法办理所有权登记的人,可以认定为物权法第六章所称的业主。”然而,也只有这一个司法解释采取了“民事法律行为”的概念。需要指出的是,将该条款中的“民事法律行为”替换为“合同”会更为准确。

在法院裁判文书中,“民事法律行为”具有三种含义。其一,民事法律行为是指所有的意思表示行为,不局限于有效的意思表示行为。如“公民合法的

民事法律行为应受法律保护”,^⑤“协议作为一种民事法律行为,是当事人协商一致的产物”,^⑥“相关政府部门不是民事主体,中齐公司与政府部门之间也不是民事法律行为”等。^⑦其二,民事法律行为是指具有民法意义的所有行为。如“事故发生当晚谢仲波参加聚会是否喝酒与驾驶摩托车是两个独立的民事法律行为”等。^⑧其三,民事法律行为包括民事诉讼法律行为。如“原告撤诉系其行使诉讼权利的民事法律行为”等。^⑨

目前正在审议的《民法总则(二审稿)》第126条规定:“民事法律行为是指民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事权利义务关系的行为。”该条改变了《民法通则》第54条对“民事法律行为”的定义,删除了“合法”的构成要件。《民法总则(二审稿)》用“民事法律行为”替代了《民法通则》中的“民事行为”,并没有体现明显的语言优势。采用“民事法律行为”的概念,不可避免地会产生“违反法律的民事法律行为无效”的表达,而这种表达不符合汉语语法。符合基本汉语习惯的表达方式还是“违反法律的民事行为无效”。笔者认为,如果不能更改《民法总则(二审稿)》的框架结构,建议继续使用《民法通则》“民事行为”的概念,而不采用“民事法律行为”的概念。

三、汉语世界的“合同”

我国《民法通则》创设的“民事行为”概念,《物权法》继受的“法律行为”概念,都不是规范的汉语表达,没有被法律共同体普遍接受,更没有被民众所接受。与此相反,“合同”概念在立法和司法中被大量使用,具有旺盛的生命力。“合同”是中国土生土长的法律概念,具有汉语文明独特的优势。我国未来的民法典不应当采取“法律行为”或“民事法律行为”,而应当更多使用符合汉语思维的“合同”概

①参见最高人民法院(2013)民申字第1070号判决书。

②参见陕西省陇县人民法院(2015)陇民初字第00347号判决书。

③参见河南省鲁山县人民法院(2011)鲁民初字第1586号判决书。

④参见河南省正阳县人民法院(2015)正刑初字第146号判决书。

⑤参见河南省信阳市中级人民法院(2015)信中法民终字第887号判决书。

⑥参见湖北省钟祥市人民法院(2015)鄂钟祥石民一初字第00109号判决书。

⑦参见山东省济南市中级人民法院(2015)济民一终字第916号判决书。

⑧参见广东省梅州市中级人民法院(2015)梅中法民一终字第152号判决书。

⑨参见广西壮族自治区南宁市江南区人民法院(2015)江民一初字第1022号判决书。

念。

(一) 契约概念的产生和发展。

传统契约的主要概念包括“傅别”、“质剂”、“书契”、“券”、“券”、“合同”、“契”、“约”等。《说文解字》对契约的解释为,“契,约也”;“约,缠束也,从系勺声”。“系”表示“缠束”、“绑定”。“勺”意为“专取一物”、“专注于一点”。“系”与“勺”联合起来表示“专门对一件物品进行绑定”。因此,“约”的本义是“专物专绑”,引申义为“专门就一件事给出不可改变的承诺”。据此,契是双方立券的行为,约是契约的内在约束力。

早在汉代,各类契约中就出现了规定契约效力的专门条款。例如《建宁元年(168年)二月五凤里番延寿幕券》中记载:“有私约者如律令。”《晋太康五年(284年)杨绍买地瓦券》中也有明确规定契约效力的条款,“民有私约如律令”。到唐朝,契约实践中经常有“官有政法,人从私契”的说法。这些条款是中国古代契约精神的表现,是尊重当事人意思表示的中国表达,与德国法上的“法律行为”概念具有异曲同工之妙。

传统契约概念具有如下特征:第一,从书写的载体看,刻在金木之上者,称之为“契”、“券”、“别(券)”、“剂”等。这些表示契约概念的字,其偏旁部首均从“刀”;书写在竹木纸帛者,称之为“约”。第二,从订立契约的行为过程看,以刀、丝、绳等作为工具来分券、束约。第三,从文字学的角度,契约的概念同时蕴含着“相互约束”和“立约不悔”的朴素理念。^{[8](p611)}

(二) 合同概念的产生和发展。

《周礼·秋官·朝士》载:“凡有责者,有判书以治则听。”孔颖达疏:“判,半分而合者,即质剂傅别分支合同,两家各得其一者也。”由此可知,“合同”一词早在西周已经出现,具有“验合相同”之义,用于证明质剂傅别的同一性。“合同”一词的出现,是契约演变过程中的一个必然结果,是科学技术引领的语言变迁。“契”本意为刻划,故从刀,“约”本意为缠束、缠绕,这两个字本身就反映了远古时代“刻木为信”、“结绳记事”的遗风。^{[9](p62)}

纸被发明后,当事人之间的“约”就可以书写在纸张上,从而形成契文。同时,为了取信和对质,便分别在写有全部契文的左右两契并合的地方,书写一个“同”字。于是,立约人双方的纸契上便各有半

个“同”字。一旦产生争议,便将两契相合,“同”字齐合,即为原契。后来又将“合同”一块书写,两契的上面各有这两字的一半。将“合同”作为验证契约的一种标志,一直延续至民国时期。^{[10](p616)}

晚清以来,“合同”一词仍广泛采用,不过含义已经发生变化。“合同”不仅用于表征验证相同的契约,更用于说明书面形式的契约。从适用范围看,清代以后的“合同”以分家、共有财产管理、纠纷调解、合伙、合股等为主要内容。通过共同协商解决问题,需要文书来确立关系的,也可以采用“合同”的方式,如立嗣、推举“柜董”等。总体而言,近代以来对契约和合同的理解有所区别,前者是两个以上方向不同的意思表示一致,后者是两个以上方向相同的意思表示一致。

新中国成立后,“契约”逐渐被“合同”取代,从两者混同使用到“合同”一词取得了立法上的话语优势。1950年10月3日颁布的《机关国营合作社签订合同契约暂行办法》就采取了“合同”与“契约”并用的立法。改革开放初期,采取的是“经济合同”的表述,后来采用的是统一的“合同”概念,随后官方文本出现了“民商事合同”或“商事合同”的表述。1981年颁布的《经济合同法》、1985年颁布的《涉外经济合同》、1987年颁布的《技术合同法》和1999年颁布的《合同法》等,都采用了“合同”概念。2007年最高人民法院颁布的《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》、2010年最高人民法院颁布的《关于审理民商事合同纠纷案件指导意见》、2007年颁布的《劳动合同法》对劳动合同的成立、效力和履行等做出了详细规定,进一步强化了“合同”的话语优势。

(三) 合同概念的实证考察。

在立法和司法的语言实践中,“合同”已经取代了“民事行为”,“商事合同”取代了“商行为”。《合同法》第二章“合同的订立”、第三章“合同的效力”和第二十一章“委托合同”等,已经基本替代了《民法通则》第四章“民事行为和代理”。《合同法》是成功的本土立法,已经形成相对完整的体系,民法典编纂应当予以充分尊重。

截至2016年6月18日,根据北大法宝的检索,共收录402部有效法律,其中117部法律采用了“合同”概念。从“合同”使用的频率看,《合同法》共使用423次,《担保法》85次,《物权法》40次,《婚

姻法》1次《继承法》1次《公司法》3次《破产法》9次,《证券法》1次,《保险法》119次,《海商法》211次。还有424个行政法规及文件、12796个地方性法规及文件、2189个部门规章及文件、704个司法解释及文件,采用了“合同”概念。

《合同法》第2条第1款规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”据此,“协议”是“合同”的另一种表达方式,为现行法律大量使用。如离婚协议、夫妻财产协议、分家协议、遗赠扶养协议、合伙协议、发起人协议、代收股权协议、合并协议、承销协议、包销协议、收购协议、上市协议、和解协议等。如《物权法》第138条“采取招标、拍卖、协议等出让方式设立建设用地使用权的”中的“协议”等。从“协议”概念的使用频率看,《合同法》共使用了9次,《担保法》9次,《物权法》15次,《婚姻法》15次,《继承法》6次,《公司法》9次,《破产法》24次,《证券法》28次,《保险法》8次,《海商法》12次。“合同”与“协议”不同的是,前者仅仅是名词,后者还可以作为动词。作为名词,“合同”可以替代“协议”,如“上市协议”可以替换为“上市合同”。作为动词,“合同”可以替代“协议”。

四、中国民法典的话语体系

语言是沟通的工具、文化的载体。中国民法典应当是中国民事立法经验的提升,是中国私法道路的本土描绘。中国民法典应当强化汉语思维,打造中国风格的话语体系。

(一)德国语言抑或中国语言。

诸多学者认为,既然继受了德国民法,就应当继续坚持。一百多年前大清变法时,就引进了潘德克顿法学,当前还应当按照这一科学方法编纂民法典。^{[11](p88)}德国法的概念体系已经内化为中国的法律传统,已经成为中国人法律思维的组成部分。^{[12](p9)}

本文认为,中国民法典是中华民族尊严和民族文化的象征,要传承中华文明和中国文化,应当具有中国特色、中国风格和中国气派。中国问题是中国话语的生命线,中国话语蕴含着中国文化。中国民法话语需要中国范式支撑,需要以中国实践为基础,以中国语言为工具。中国民法话语体系要打造具有标示性的概念,打造国际社会容易接受的新概念、新范畴和新表达。中国民法典应当具有中国元素,应当突出解决中国问题,突出中国话语体系,走

独立自主的发展道路。

用德国话语阐述中国道路,用得越多离中国实践越远。中国主流民法知识整体框架移植于德国,基本概念都是德国法的翻版。“法律行为”是寄生于德国文明的概念,并非规范的汉语表达。在“法律行为”概念基础上“改良”产生的“民事行为”及“民事法律行为”,也不是规范的汉语,无法准确表达其特定的法律内涵。如果中国民法典采纳了这些概念,就需要继续利用德语语境进行解释,中国民法典将成为德国民法典的翻版。

中国民法典编纂应当增强中国文化自信,增强道路自信。随着中国综合国力的提升,汉语将在21世纪成为仅次于英语,甚至与英语并驾齐驱的国际语言。汉语是中国文明传播的桥梁,汉语昌盛为中国未来的民法典在世界传播提供了良好机遇。民法典应当更加接地气,成为展示中国文明的新平台。

(二)专业语言抑或生活语言。

学界应当凝聚法学和语言学的智慧,深化对民法语言的研究,为民法典编纂提供智力支持。立法语言要求具有准确性、简洁性、庄重性和严谨性。即使为了准确性和严谨性,民法专业术语需要脱离日常语言,但也应当符合基本的语言规范。中国民法典应当追求通俗易懂的文风,增强法律的透明度,提高话语的能见度。法学界应当为“语言学转向”提供理论支撑,寻求社会共识的科学表达方式。语言学界应当及时对立法语言提出修改完善的意见,寻求法律语言与日常语言协调的路径,探索语言具体的应用方案。

立法对概念的选用,必须考虑词义,考虑汉字的基本内涵。概念由名称、内涵和外延构成,其中名称是概念的符号,内涵解释概念的本质,外延界定概念的范围。正如前文举例的“法律行为”、“民事行为”,抑或“民事法律行为”,都无法解释为“私法自治的工具”。立法者对这些概念的内涵界定,脱离了基本的词义,不符合汉语表达习惯,导致实践中使用频率低,错用误用现象普遍。汉语世界的“法律行为”,在逻辑上会延伸出民事法律行为、行政法律行为、诉讼法律行为等。“民事法律行为”会延伸出合同法律行为、物权法律行为、侵权法律行为、婚姻法律行为和继承法律行为等。因此,不能将“法律行为”或“民事法律行为”仅仅局限于意思表示行为。中国人要按照汉语思维界定法律概念的确切含义。

立法对概念的选用,必须考虑语境,考虑衍生的词组群。语言不是逻辑,但依靠逻辑推理,会产生许多词组。如《民法通则》创造出“民事活动”概念,必然会产生上位的“法律活动”概念,同位的“犯罪活动”、“行政活动”、“诉讼活动”等,以及下位的“合同活动”、“物权活动”、“侵权活动”、“无因管理活动”、“继承活动”和“婚姻活动”等概念。贯彻《民法通则》区分“民事行为”与“民事活动”的逻辑,就要区分“合同行为”与“合同活动”、“物权行为”与“物权活动”、“侵权行为”与“侵权活动”等。生活中,“民事行为”与“民事活动”含义基本一致。据此,立法最好不要创设“民事活动”这一概念,避免不必要的概念纠结。

立法对概念的选用,必须考虑文化,考虑潜意识。任何语言都不能脱离文化而存在,语言是特定民族思维方式的集中反映。如“合同”概念符合汉语表达的逻辑,较为准确,也突出了中国的和合文化。“合同”可以替代“法律行为”概念,合同制度可以替代法律行为制度。其一,“法律行为”原则只适用于财产领域,不能用于婚姻家庭领域。如受欺诈的婚姻、重大误解的婚姻、显失公平的婚姻,是不能撤销的。也不存在无权代理的婚姻、无权处分的婚姻。婚姻也不能附条件、附期限。其二,“法律行为”适用于债权领域,而不适用于物权领域。按照汉语的理解,物权契约或物权合意不具有法律拘束力,只是重复债权合意。其三,“法律行为”实质是以合同为模板的行为规范。单方行为可以视为准合同,如我国合同法的司法解释已经将悬赏广告定位为合同。多方行为是团体行为,如股东会决议、董事会决议等,均可以纳入广义合同的范畴。

五、结论

中国民法典需要中国语言,中国语言可以走向世界。中国民法典应当是中国汉语文明的结晶,应当用中国语言表达中国人的生活场景。作为中国民法典的元概念、元制度和元规则,应当符合基本的汉语规律。《民法总则(草案)》采取了“民事法律行为”的概念,将其界定为意思表示行为,必然产生“违反法律的民事法律行为无效”的表达,而这种表

达不符合汉语语法,民众很难理解。立法者不能主宰语言的命运,社会大众理解的“民事法律行为”依然是具有民法意义的一切行为。“合同”是中国土生土长的法律概念,具有中国汉语文明独特的优势。《合同法》采取广义“合同”的概念,已经替代“民事法律行为”。基于民法典编纂的整体考虑,建议删掉《民法总则(草案)》第六章“民事法律行为”和第七章“代理”,着力于通过修改《合同法》和《婚姻法》等予以完善。制定包括基本原则、民事主体、民事权利、民事责任、诉讼时效和期间的民法总则,采取合同法、物权法和侵权责任法依次递进的民法分则结构。

参考文献:

- [1]梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由:总则编[M].北京:法律出版社,2013.
- [2]张文显.法学基本范畴研究[M].北京:中国政法大学出版社,1993.
- [3]米健.法律交易论[J].中国法学,2004(2).
- [4]田士永.物权行为理论研究[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [5]宋炳庸.法律行为概念应更名为设权行为[J].中外法学,1999(2).
- [6]朱庆育.法律行为概念疏证[J].中外法学,2008(3).
- [7]薛军.法律行为理论在欧洲私法史上的产生及术语表达问题研究[J].环球法律评论,2007(1).
- [8]赵晓耕.中国传统法律文化研究(第三卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2011.
- [9]叶孝信.中国民法史[M].上海:上海人民出版社,1993.
- [10]何勤华.法律名词的起源(下)[M].北京:北京大学出版社,2009.
- [11]孙宪忠.中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴[J].中国社会科学,2008(2).
- [12]梁慧星.松散式、汇编式的民法典不适合中国国情[J].政法论坛,2003(1).

责任编辑 王京