

商法研究文丛 | 主编 范 健
Anthology of Research on Commercial Law

On Commercial Law Orientation
the Inner Reasons of Commercial Law being
the Independent Legal Department

商法本位论

商法作为独立法律部门
的内在依据

周晖国 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

商法研究文丛

Anthology of Research on Commercial Law

主编 范健

副主编 王建文

商法本位论

商法作为独立法律部门
的内在依据

周晖国 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法本位论:商法作为独立法律部门的内在依据/
周晖国著. —北京:法律出版社,2010.1

(商法研究文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0144 - 9

I. ①商… II. ①周… III. ①商法—研究—中国
IV. ①D923.994

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第210040号

© 法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印务有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/11 字数/312千

版本/2010年1月第1版

印次/2010年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0144 - 9

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《商法研究文丛》总序

“哪里有贸易,哪里就有法律。”二十年前我将古拉丁语中的这一格言译成中文,并在我随后发表的《商法探源》一文中引用。在此后的这些年中,我常常在思考这一古老格言的历史蕴意。先有贸易还是先有法律?如果没有法律,人类社会还有贸易吗?还有什么样的贸易?商事法律的发达状态,可以推动经济,也可能摧残经济。今天,当我们直面全球经济危机,直面人们因无度的商业行为而自食其果的时候,更体会到法律与商事交易的密切关系,更体会到现代商法的价值。

寻觅我们社会进步的历史轨迹,商事交易推动了经济与社会的进步;同样,商事交易的法律也改变了商事交易的组织体及其行为,保障并促进了经济与社会的进步。商法,作为现代商事交易的基本法,是推动现代经济发展的制度动力,其价值观念对现代经济发展产生了重大而深远的影响。不同商法法系下的商事规则形成机制,决定了不同社会对创新性商事交易行为的容忍度和社会心理所能承受风险的程度。不同社会的商法价值理念,尤其是对公平与效益及效率的取舍,直接影响了社会经济观念,影响了不同国家经济发展的命运。然而,很长时间以来,我们对商法的理念价值和制度价值还缺乏充分的认识。

诚然,在我国,商法还是一个较为新兴的学科。但近年来,随着我国市场经济体制的逐步建立与完善,最为贴近市场交易关系的商法得以发展起来。商法学研究也开始繁荣。然而,商事法律关系错综复杂,随着商事交易行为的多样化,各类新型商法问题层出不穷,给商法理论研究留下了很大的空间。中国是否需要完善的商法制度,以及需要什么样的商法

制度,这不仅仅是一个法律体系问题,一个立法技术问题,更涉及中国经济发展的基本观念:开放的商法制度有利于经济的创新和高速发展,但容易滋生经济风险;保守的商法制度,虽有利于经济管制,但不利于经济创新。这些问题迫切需要商法学者更多、更系统的理论探索。为了较好地 将商法理论研究成果系统化推出,经与法律出版社协商,我们决定出版本文丛。

本文丛不仅会推出公司法、证券法等商事部门法中的专题性研究成果,更以商法基础理论及商事审判理论为核心主旨,以期执于基础理论与审判理论的两端,为学界与实务部门提供深层次的体系化研究成果。基于此,我们将本文丛设定为一个开放的出版计划,凡符合该主旨的著作都在欢迎之列。

凡事贵在坚持,我们既已迈出第一步,就要继续前行。但愿本文丛能与我国商法制度及商法学科共同成长!

丛书主编 范健
2008 年岁末于南京

目 录

绪 论 / 1

- 一、商法定位:商法理论研究的基础课题 / 1
- 二、商法本位:商法作为独立法律部门的内在依据 / 4
- 三、商法建设:以商法本位为基点 / 9
- 四、基本进路:商法本位理论研究的主要方法 / 13

第一章 法律本位理论辨正与商法本位界别 / 15

第一节 我国学者法律本位研究的归纳与简评 / 16

- 一、我国早期学者的法律本位研究 / 16
- 二、我国近期学者的法律本位研究 / 19
- 三、对我国学者法律本位研究的简评 / 22

第二节 法律本位理论的修正与补充 / 26

- 一、法律本位的实质:法律分配和确认的社会主体利益 / 26
- 二、法律的社会本位之辨 / 30
- 三、法律本位理论需要具体到部门法的应用 / 31
- 四、法律本位要素:内涵及其相互关系 / 35

第三节 商法本位及其内涵界定 / 44

- 一、商法本位的独立性 / 44
- 二、商法本位的内涵界定 / 46
- 三、商法本位的价值:判断商法产生及其发展阶段的依据 / 52

本章小结 / 54

第二章 历史考察:商法的源流与商法本位 / 56

第一节 商品交换法律规范的古代源流 / 56

一、古代前期的商品交换法律规范 / 57

二、古罗马的商品交换法律规范 / 60

三、古代商品交换法律规范的发展联系与本位认识 / 64

第二节 欧洲中世纪商事规范的本位识别 / 69

一、欧洲中世纪的城市法与商事规范 / 70

二、欧洲中世纪的商人自治规范 / 72

三、欧洲中世纪城市自治时期的商事法院及其裁判 / 74

四、欧洲中世纪商事规范的本位识别 / 75

第三节 商法本位的形成、演变与商法的产生、发展 / 79

一、中世纪末期商法本位的形成和商法的产生 / 79

二、近代商法本位的巩固和商法的繁荣 / 81

三、现代商法本位的演变与商法的发展 / 84

第四节 我国商法孕育与成长的本位观察 / 88

一、我国古代法律没有孕育形成商法本位 / 89

二、我国商法本位的形成和商法的产生 / 91

三、我国民国时期的商法本位和商法 / 93

四、我国现阶段商法本位和商法 / 95

本章小结 / 97

第三章 商法本位生成和演变的条件 / 99

第一节 商法本位生成和演变的经济条件 / 99

一、商法本位生成的经济条件的前期孕育 / 100

二、商法本位生成的经济条件的成熟和发展 / 105

三、我国商法本位生成的经济条件的成就与重生 / 110

第二节 商法本位生成和演变的政治条件 / 115

一、欧洲中世纪主权国家的兴起与商法本位的生成 / 115

二、西方宗教政治演变与商法本位的生成 / 119

三、资产阶级国家的建立与商法本位的巩固 / 122

四、现代国家政治的发展与商法本位的演变 / 123

五、我国商法本位生成和演变政治条件 / 128	
第三节 商法本位生成和演变的社会条件 / 136	
一、市民社会的产生、发展与商法本位 / 136	
二、市民社会的属性由市场经济决定 / 140	
三、我国市民社会的发育与商法本位 / 143	
第四节 商法本位生成和演变的文化条件 / 148	
一、商法本位形成和演变的社会意识基础: 社会经济伦理观的认同 / 149	
二、商法本位的精神源泉: 商业精神的凝聚 / 153	
三、商法本位生成和演进的“孵化器”: 法律理论的发展 / 158	
本章小结 / 162	
第四章 商法的独立性: 商法本位视角的考察 / 164	
第一节 商法独立性对商法本位的依存 / 164	
一、部门法划分的实质要义 / 165	
二、部门法划分的标准思辨 / 168	
三、商法作为独立部门法的内在依据: 商法本位的存在 / 175	
第二节 商法独立性的外在表现形式 / 179	
一、不同法系中商法地位的不同表现 / 179	
二、商法本位在不同体例的法典化成文法中的表现 / 189	
三、商法是否法典化不是商法独立与否的界标 / 194	
第三节 商法与民法的界别: 法律本位的不同 / 196	
一、“民商合一”与“民商分立”之争的误区 / 197	
二、商法与民法的部门法界别 / 201	
三、民法商法化与商法民法化之辨 / 209	
本章小结 / 212	
第五章 商法内涵及其性质、特征的商法本位解读 / 214	
第一节 “商”内涵的商法本位解读 / 215	
一、辞义学之“商” / 215	
二、经济学之“商” / 218	

三、法学之“商” / 220

第二节 商法内涵的商法本位解读 / 224

一、商法概念范畴的识别 / 225

二、大陆法系商法的内涵 / 226

三、英美法系商法的内涵 / 232

四、我国商法的内涵 / 237

第三节 商法性质的商法本位解读 / 243

一、商法之国内私法属性 / 243

二、“商法具有公法性”观点的质疑 / 244

三、“公法化了的商法应当归入经济法”观点批判 / 248

第四节 商法特征的商法本位解读 / 252

一、交易经营性 / 252

二、自生创制性 / 253

三、规范技术性 / 255

四、体系开放性 / 257

五、国际趋同性 / 259

本章小结 / 262

第六章 商法建设的商法本位运用 / 264

第一节 商法价值取向的商法本位运用 / 265

一、商法价值是商法的要旨和效用 / 265

二、商法本位是商法价值的产生依据 / 268

三、商法本位上的商法价值取向 / 271

第二节 商法基本原则的商法本位运用 / 276

一、商法基本原则是商法的根本指导准则 / 276

二、商法本位是商法基本原则的根基 / 281

三、切合商法本位的商法基本原则 / 286

第三节 商事法律关系的商法本位运用 / 292

一、商事法律关系是商法的基础范畴 / 292

二、商事关系与商事法律关系的辨别 / 296

三、用商法本位界定商事法律关系 / 299

第四节 商法体系建设的商法本位运用 / 307

一、商法本位要求独立的商法体系 / 307

二、确立适合商法本位的商法体系模式 / 311

三、用商法本位指导《商法通则》建构 / 317

本章小结 / 322

结语 / 323

致谢 / 327

主要参考文献 / 329

绪 论

一、商法定位:商法理论研究的基础课题

进入改革开放 30 年之际,我国市场经济体制已基本建立并日趋完善。与此相适应,我国商法制度建设也得到了快速发展,以各种商事单行法为基础的商法体系已逐步建立。然而,由于缺乏商法传统,我国商法尚未形成有机协调的法律逻辑体系,在我国法律建设和商事法律的实践中还远未形成良好的商法理念与商法精神,法学理论、法律的遵守、执行和司法活动乃至社会法律意识都还没有对商法从整体上有一个确切、科学的认识,商法的各个组成部分没有形成有机的体系并得到一体遵行。这固然有多种原因,但我国法学界特别是商法学界对商法基础理论研究的不足无疑难辞其咎。对此,有商法学者对商法的困惑发出了引人深思的感慨,^[1]并在商法学界产生了广泛的共鸣,在法学界引起对商法的地位甚至商法是否有必要存在的进一步争论。还有学者这样写道:“我们发现:民商分立国家商法所选定的那些标准本身就

[1] 参见赵旭东:“商法的困惑与思考”,载《政法论坛》2002 年第 1 期。

缺乏明确的定义,如何规定‘商人’和‘商业交易’等术语的定义,法学界对此几乎是一筹莫展。”〔2〕

所幸的是,我国商法学界已充分认识到商法基础理论研究的重要性。“一方面,商法基础理论研究有助于商法典及其他商事立法的创制与完善,从而借助商事立法的实施推动商法观念和商法意识的形成,并随着市场经济体制的深入发展,内化于商主体的企业文化与每一个自然人、法人、其他组织的精神与文化之中;另一方面,商法基础理论研究将使蕴涵于商法制度与体系中的商法观念和商法意识得以弘扬,从而促使市场交易主体更加自觉地遵循符合商法要求的市场经济体制的基本要求,纯化与规范我国市场经济秩序。”〔3〕

基于商法基础理论研究价值的认识,我国已有不少学者对此作了颇为系统、深入的研究,并形成了一系列引人注目的成果〔4〕。但由于该项涉及问题极为繁杂的研究还缺乏应有的长期积淀,因而据以奠定一个法律部门坚实基础的基本问题尚未得到妥善解决。这就需要继续加强商法基础理论的研究,在明确商法与其他法律部门特别是民法在理论与立法上关系的基础上,确立起具有时代特色与中国特色的商法体系。“要想使商法地位得以确立并获得坚实的基础与广泛的支持,就必须全面检讨现有商法的构建依据与构建体系,摆脱民法基本制度与理论体系的阴影,构

〔2〕 参见赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社1999年版,第32页。

〔3〕 范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版,第7页。

〔4〕 除论文外,主要有以下作:王建文:《中国商法立法体系:批判与建构》,法律出版社2009年版;范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》(第二版),中国人民大学出版社2007年版;范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版;范健、王建文:《商法论》,高等教育出版社2003年版;范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2004年版;王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版;赵中孚主编:《商法总论》(第三版),中国人民大学出版社2007年版;任先行主编:《商法总论》,北京大学出版社、中国林业大学出版社2007年版;张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版;樊涛、王延川:《商法总论》,知识产权出版社2006年版;赵万一:《商法基本问题研究》,法律出版社2002年版;郑远民:《现代商人法研究》,法律出版社2001年版;任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版;高在敏:《商法的理念与理念的商法》,陕西人民出版社2000年版;徐学鹿:《商法总论》,人民法院出版社1999年版。

建起基于其特有的调整对象而真正属于自己的制度与体系。如果这一工作进展顺利,则不仅会赋予商法以全新的生命使其获得完整的理论体系与制度架构,而且会促进民法理论体系与制度架构的完善。”〔5〕

事实上,商法基础理论研究的缺失不仅存在于中国,也普遍存在于世界各国,即使是在具有发达的民法制度与理论体系且制定了商法典的大陆法系国家也同样如此。长期以来,商法一直在缺少体系化的理论支撑之下跛足而行,商法制度也严重滞后于时代发展的要求。多年来,即使是在民商分立国家,关于商主体、商行为、商事法律关系的内涵与外延及其相互关系的界定大多处于模糊甚至混乱的状态。〔6〕这与大陆法系国家和地区民法制度与理论均高度发达形成了鲜明对照和落差,也使得我国商法理论的借鉴、吸收、引进和商法制度规范的移植缺乏必要的资源而颇为困难。因此,在商法领域,自主性制度创新不仅是建立我国市场经济法律制度的基本要求,而且也是在缺乏可资借鉴的较为完备的制度与理论体系的背景下,实现我国商法现代化所不得不为之举。基于此,在我国商法理论体系化研究中,就需要解除传统成文法国家先天不足的某些理论和与现代市场经济发展已经不相适应的传统商法体系的框架,进行开创性的理论构建。

在构建我国商法理论体系的研究方面,已有学者在对商主体、商行为制度的理论体系进行全新构建的基础上,提出了较具系统性的理论体系。〔7〕应当说,这种理论创新确实颇具价值,并推动了我国商法理论研究逐渐走向成熟。但毋庸讳言,这些研究尚处不断完善阶段,还有待进一步健全。例如,在范健教授与王建文博士合著的系列商法基础理论著作中,关于商主体、商行为的内涵与外延的界定,固然颇具创见与影响,却未必能得到商法学界的普遍认同。这一局面并不意味着该理论体系就存在

〔5〕 范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》(第二版),中国人民大学出版社2007年版,第25页。

〔6〕 参见范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版,第6页。

〔7〕 在此方面,具有代表性的学者为范健教授与王建文博士,他们的上述著作均对此作了具体论证。

问题,但至少说明对该理论体系还存在不同认识,还需要进一步深化、统一和提高。在商法基本理论的研究上,当然需要不断探索,不断创新,不断讨论甚至争论,以达到不断提高、丰富和统一,使具有中国特色的社会主义商法理论得以形成并充分发展。这也是包括范健教授与王建文博士在内的广大商法学者仍积极地致力于商法基础理论研究和探索的原因。

加强商法基本理论的研究,努力构建具有中国特色的商法系统理论,其最基础的课题首先是对商法在我国法律体系中的定位。随着我国社会主义市场经济体制的建立,市场对各种资源的配置功能日益普遍、发达,商事交易关系迅猛发展,适应对市场交易关系法律调整的现实需要,我国颁布了大量的商事单行法律、法规。从现象上看已经形成了一定的体系,但是这些法律、法规处于一种孤立、分散、零碎的状态,相互之间并无内在协同关系和机制,是一种缺乏内在有机联系、缺乏高度协调统一的松散的法律群,不是一种整体的系统性体系,因而也不被视为一个法律部门的体系。这尽管有多种原因,但与我国商法基本理论研究的薄弱密不可分,没有建立认识统一、健全科学的商法理论体系,没有理论上的有力指导,当然不可能形成完善、科学的商事法律体系。而建立合理、科学的商法理论体系,首要的是要在理论上解决商法在我国整个法律体系中的地位问题,也就是对商法是否能够成为一个独立的法律部门进行定位。只有这个问题在理论认识上相对统一了、比较好地解决了,才可能在此基础上进一步研究、发展商法的基本理论,建立商法的理论体系,有效推动我国商法体系的建设,促进商法的繁荣,更好地发挥对社会主义市场经济关系的调节和促进作用。

二、商法本位:商法作为独立法律部门的内在依据

关于商法地位的问题,在我国法学界特别是商法学界不是没有或较少讨论,实际上学者对这一问题的关切度是相当高的,讨论也不可谓不热烈,提出的观点和学说也是各有所见,多样纷呈。比如,有学者认为,随着经济的发展,使商法独立存在的基础发生了动摇,商法成为民法的组成部

分,不能成为独立的法律部门;〔8〕有学者认为,商法与民法是私法的两大领域,民法是对私人法律关系作出规定的一般法,商法是对商事法律关系作出规定的特别法,两者是一般法与特别法的关系;〔9〕有学者认为,商法是以民法为基本法或普通法的特别法,以私法为主,但具有公法性的内容,调整的是平权和不平权兼有的关系;〔10〕有学者认为民商应当合一,公法化了的商法应当归入经济法;〔11〕也有学者认为,进入现代,商法与民法已经截然分开,商法调整市场交易关系,民法调整家庭关系,商法具有完全的独立性〔12〕。各种观点还有很多具体的对商法地位界定的差别,仔细罗列起来不下十余种。由此可见,关于商法在我国法律体系中的定位问题,仍然处于争论和模糊的状态。这既与我国的经济基础、社会基础、法律传统、人文现状密切相关,更与我国商法的基本理论研究不足、理论创新缺乏突破性进展密切相关。商法基本理论研究上的不足和对商法定位的认识不一,有着多方面的原因,其中研究的思路或路径以及既有法学理论研究的范式制约是不可忽视的重要原因。我们不能囿于传统的理论学说、原有的思维惯性和定势、既有的法律体系结构框架和法律形式范畴的简单比较,而要从我国市场经济建设和发展的实际出发,对商法的基本理论、商法的定位和法律体系的合理架构,进行创新性的探讨。如果我们用一个新的角度和路径,从法律本位上来研究商法的定位及其法律本位在商法中的具体运用,相信会在理论上对商法有一个新的认识,进一步开拓研究空间,推动商法基础理论研究的进展,从而获得对商法本体的进一步认知,加强商法的体系建设。

法律本位是法律理论中一个具有根本性的问题,法律本质、法律属性、法律价值、法律原则、法律调整对象和机制、法律功能等等都与应当建

〔8〕 参见曹平:“我国商法法律地位初探”,载《法律适用》2000年第8期。

〔9〕 参见王保树:“商事法的理念与理念上的商事法”,载王保树主编:《商事法论集》(第1卷),法律出版社1997年版,第8页。

〔10〕 参见范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2002年版,第17页。

〔11〕 参见史际春、陈岳琴:“论商法”,载《中国法学》2001年第4期。

〔12〕 参见徐学鹿:《商法总论》,人民法院出版社1999年版,第131页。

立的法律本位的基础之上。在法学理论中,研究法律本位问题,其意义非同寻常。“纵观法律制度,可以毫不夸张地说,法律本位之演进,不但显示了法律自身的发展与完善,而且标志了法律制度上的革命。”^[13]不仅如此,法律本位问题的研究,对于正确认识和界定法律部门,也是十分重要的,这在具有大陆法系传统的国家的法律体系中尤其需要。

对于法律本位问题的研究,是中国学者从与西方学者不同的视角和路径对法律最基本理论的积极和有效的探索。它是我国学者在20世纪三四十年代提出的一个独创性的命题,并未发现西方学者有过对法律本位问题的论述。对此,童之伟教授写道:“在这个问题上,我费了巨大的努力,但实在找不到国外围绕法律的本位(或法律的重心等)问题展开论争的证据,也没见国内哪一位学者直接引用过这方面的资料。所以,尽管有学者说西方在这个问题上曾在论争的基础上形成过权利为本位的共识,但我却相信这仅仅是一种猜测,因为他们没举出任何证据。”^[14]关于法律本位的认识,是我国法学思想和理论的重要贡献。但是,尽管在20世纪90年代后期对这一命题有过一些讨论,在广度和深度上却远远不够,特别是对法律实践的指导和法律部门的构建上未能发挥应有的效用。基于此,为推动我国商法基础理论体系的完善,笔者以商法本位为切入点,力图通过商法本位的系统化研究,为我国商法理论研究提供一种新的视角和路径。

目前我国的商法实践,无论是立法或司法,基本上采取了民商合体的立法模式。这一模式是由我国特定时期的社会经济发展和法制建设的实际情况决定的。一是新中国成立后长期实行高度集中的计划经济体制,对经济关系的调整取决于国家意志,各级党政机关是经济资源配置和经济活动、经济运行的主导力量,在经济关系的调节上私法是不需要的,没有私法存在和运行的空间。即使也有一些所谓的民事法规,但只限于调整家庭和人身关系。这就导致我国建国以后几十年没有商法发展的传统和基础。二是我国改革开放以后,从计划经济向有计划的社会主义商品

[13] 董延林、孙宇:“法律本位之演进略论”,载《学习与探索》1998年第2期。

[14] 童之伟:“20世纪上半叶法本位研究之得失”,载《法商研究》2000年第6期。

经济转变,进而建立社会主义市场经济体制,商品经济和市场经济的迅速发展产生了对法律的紧迫需求。由于我国缺乏商法的基础,在立法上采取了应急的办法,制定了大量的单行法律、法规,民法也好,商法也好,皆是如此,尚未形成有效的法律体系。比较而言,民法学的研究和民法的单行立法的起步早于商法学和商法,民法的基础好于商法,早在1986年就制定了《民法通则》。在这样的情况下以民法涵盖对商事关系的调整是自然的,也是便捷和及时的,实事求是说也是发挥了一定的作用的。加之我国民国时期也是主张“民商合一”,就使得这种“合一”的模式形成了一定理论和实践上的惯性和思维定势。但是,这种合体的模式并不是最有效的和最科学的。我国社会主义市场经济发展到今天,已经逐步走向成熟,民法理论和民事一般规则对市场交易关系的调整越来越显得力不从心。“民法商法化”和“商法民法化”无论在立法上还是在司法实践中,已经形成了对市场交易关系调整的一定程度的混乱,降低了对市场经济促进和保障的效能,显示了民商合体的严重弊端,开始阻滞市场经济的发展。在我国市场经济体制的建立和发展中,一大批商事法律、法规的颁布施行已经突显出商法的特有规律和功能,商法本位已经形成,其鲜明的本位属性表明了商法作为独立部门法的必然性,民法已经无从统领商事法律、法规。商法本位的生成和确立,成为商法作为独立法律部门的内在依据,可以有效厘清商法与其他部门法的关系及根本区别。

关于什么是法律本位,我国学者主张是指法律的根基、轴心、重心或出发点、逻辑起点等。这并无太大争议。关于法律本位是什么,往往认为是权利、义务、社会利益或在公法中表现为职责等;从古代到现代的法律,经历了义务本位、权利本位、社会本位或私法领域的权利本位与公法领域的职责本位相结合的发展过程。一般而言,学者主要还是从权利、义务上来理解法律本位。从权利、义务上来认识法律本位,就法律本身的形式范畴上看不能说没有道理,特别是对现代法律的本位,从权利上来理解,对推动法律的文明进步,在理论上和实践都具有导向作用。但是,权利、义务只是法律的形式范畴,不是法律本位的实质,法律本位实质是法律分配和确认的社会主体利益。从总体上说,法律是体现了国家意志对不同的社会主体的经济、政治、文化等物质的和精神的利益分配与确认。我国学