



中国法学学术丛书

民法的 精神构造：

民法哲学的思考

The Spiritual Construct of Civil Law:
A Philosophical Perspective

王利民 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学学术丛书

民法的 精神构造：

民法哲学的思考

The Spiritual Construct of Civil Law:
A Philosophical Perspective

王利民 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法的精神构造:民法哲学的思考 / 王利民著. —
北京:法律出版社,2010.5

(中国法学学术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0770 - 0

I. ①民… II. ①王… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 078542 号

中国法学学术丛书

民法的精神构造:
民法哲学的思考

王利民 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 24.5 字数 569 千

版本 2010 年 6 月第 1 版

印次 2010 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

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 - 0770 - 0

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



中国法学学术丛书

前 言

我要告诉大家的是,我为什么要写民法的精神构造。它首先源于我对民法本质的认识和探索,在学习研究民法的过程中,我深刻认识作为民法本质的民法精神和决定这一精神的民法背后的人与社会因素的根本性。不了解民法的精神本质与民法的价值目的,就不能发现民法这一社会现象的运动发展规律并预见其未来。在民法本身是不会真正了解民法的,对民法的真正认识来源于民法以外的作为民法条件的条件,这个条件是复杂和不确定的,但也是可以基本把握其存在并充满了想像和魅力的。对民法精神的探索和认识,不仅使我获得了更多的民法知识,而且加深了我对民法的理解和丰富了我对民法问题的思考。

民法的精神构造之“构造”,既是指民法的精神内涵及其存在,也是说民法精神内涵的形成、发展和演变过程,包括了静态与动态两个方面的含义。民法的精神构造既有

它的静态客观性,也有它的动态变化性,它有精神的静止与永恒的价值,也有精神的进步与发展目标。对民法精神的研究,就是要在掌握民法基本精神价值的同时发现民法精神的未来发展,以服务于我们社会的民法建设与调整目的,追求社会理想的民法实现。

民法的精神构造是人类社会发展的历史进程中创造并产生的一种社会文明现象。我把它作为一个整体和认识对象进行研究,并在这一研究中表达和阐述了我的民法思考以及我对民法的理想和态度,同时通过这一研究也改变和加深了我对民法的认知与理解。

民法的精神构造,有西方社会固有传统型与非西方社会制度移植型两种形态。民法的精神是源于西方社会的一种人文精神,其民法精神具有与社会本质的统一性,融于并根深于社会。然而,对于移植西方民法传统的非西方社会,其民法的精神构造则是在不同国家和民族的不同社会文化传统的背景下进行的,需要一个与传统文化的矛盾冲突和逐步融合的过程,并产生了不同国家或者民族的民法精神构造的社会差别性,形成了民法文化一元化基础上的多元化和混合化发展,从而在民法趋同化的同时又进一步丰富了世界民法文化的精神与内涵。

不同国家和民族的民法发展过程也就是其民法精神认识与构造过程。这个构造在表面上是制度的,而实质上是一个思想文化与精神的,没有在精神思想之外的单纯的民法制度构造,民法制度仅仅是民法精神的规范载体,而民法的精神才是民法的根本与灵魂,民法制度来源于民法的精神,实践于民法的精神。只有民法精神的构造与运动,才是真正的民法构造与运动。

在我参与和接触民法实践的二十多年的时间里,深刻感受到了中国社会民法精神的缺失和及其构造的重要性与必要性。民法文化不是中国的传统文化,民法精神不是中国社会的固有精

神,作为民法移植的产物,具有一种自然的水土不服,以致我们对民法的认识往往是片面和表面的,在运用于实践时就表现出了明显不足,而这种不足又是自身难以发现和纠正的。民法精神的缺失会导致实践目标的自主偏离,并因此走向民法精神的反面,所以,中国的民事法治乃至整个法治建设,提出的根本问题不是制度性的,而是精神性的,是精神的需求与不足。为什么民主的形式反变成恶整的工具,为什么民法的规则会成为欺诈的手段,法治的条件并不能服务并实现于法治的目的,而反成其桎梏,这是中国社会必须深刻反省与思考的现实问题,是中国社会真正走向法治文明必须解决的根本问题,也就是中国社会的民法精神问题。

民法的精神作为正义与真理的精神,是源于西方并向世界传播的精神。中国的民法精神是西方民法精神的中国化,这种从西方社会移植来的民法精神并不是对西方民法及其精神的简单复制,而是一个中国化的民法文化运动过程,因此,必然产生中国社会的或者具有中国特色的民法精神,这是中国民法现代化的必由之路。构造中国社会的民法精神,培养和形成中国的民法价值观与方法论,这是中国全体法学与法律工作者所必然担负的历史命。

中国的民法精神应当是中国人能够理解和消化的精神。这种精神应当是根据中国人的思维习惯并用中国人的语言方式表达的,它表达的不仅是一种思想深度而且也是一种情感境界,体现人们实现理想社会的人文主义关怀。本书就是尝试做一些这方面的基础研究工作,希望构造一个较为系统的容易被中国人理解和掌握并能够运用于中国社会的民法精神。

中华民族有悠久的文明史,是一个富有社会理想与精神的民族。但是,我们的传统民族精神最终并没有实现与现代文明的直接接轨,并在西方文明的冲出下改变了自己的形态与发展。这使

我常常思考这样的问题,我们的民族精神到底来源于哪里又为什么目的存在而最终要走向何方?一个民族不了解自己的历史就不了解自己的现在和未来,而在历史表象背后的复杂性中人类事实上对自己历史、现在和未来的了解都是非常有限的,当然这给人类带来的并不都是困惑而且也有探索未知的魅力。几千年传统的中华民族精神给我们带来了一个不屈的民族性格与文明积淀,但中华民族并没有在这个精神中得到解放,反而却成为了压在中华民族身上的一座沉重的大山,并难以解脱这座大山的压迫。中华民族的精神在接受西方文明以后要走向什么样的未来呢?我们已经看到了它的发展趋势与可能性,但是还不能准确把握它介于现代文明内外和真假不清的因素,中国社会物质越是发展越是让我们看到了发展条件的欠缺,起码是现在我们还不能在它的发展中得到足够的精神满足与释放。

中华民族是一个有超越自我能力的民族,我们注定要在民族精神的土壤中迎来民法精神及其现代化发展的伟大飞跃。

王利民

2009年11月21日于大连

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。现汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社

2008年4月

论民法的精神——代序

三年前出版《论人的私法地位——从一个制度的分析》一书时,我曾写《论法治的根本是精神》一文作为代序。在本书出版时,我决定同样写一篇代序文,作为前书代序一文的姊妹篇,并对本书主题作一个说明。

精神是人类区别于其他物质世界的根本条件。精神不仅决定了人的生命本质,而且决定了人的社会形态。精神对于人的需要虽然不表现为直接性,但是它却是人的一切需要的规定性。人一旦没有了精神,就不再具有生命价值,就将失去社会目标和维护社会秩序的意志品质。精神是人类社会创造的根据,也是影响人类社会创造的条件。民法作为一种基础社会结构,其根本亦在精神,没有民法的精神,民法就没有起点和归宿,就没有目的与结果;没有民法的精神,就没有民法的产生、理解与运用。民法的一切问题决定于民法的精神,民法精神之外不能有正确的民法和民法实践。

那么到底什么是民法的精神呢？对这个问题当然可以有不同的理解和认识，也会有不同的观点和结论。民法是一个庞大的思想价值体系，也就表现有各种丰富的精神内涵。一般来说，民法的基本原则是对民法精神的概括与总结，是民法精神的集中体现。但是，被民法原则化或者规范化的“民法精神”，与其说是民法的精神，不如说是民法制度本身。民法的精神，是决定民法价值原则的因素，是民法的规定性，而不是民法的规定性结果。从这个意义上，我把民法的精神概括为人性、道德与正义三个方面。民法的基本原则作为民法精神的一般规范性表现，其各项原则的价值都包含于这三项民法精神的内容之中，都可以从民法的精神中找到根据并决定其存在。

民法的精神不仅集中体现于民法的原则，而且是通过制度和文化的形式构造和存在的，是一个历史发展的形态。对民法的精神构造应当进行历史文化与社会传统等多方面的考察。民法的精神是一种人文的精神，是民法的精神文化构造，是民法的思想意识与价值观念，它是在长期的历史积淀中形成的，是一种根植于民族内心的社会传统；民法的精神是一种社会构造，这一构造是一个系统的社会工程，只能从社会结构内部和整个社会系统中实现民法的精神，既没有脱离于社会和社会关系的单纯民法精神存在，亦不可能抛开一定的社会或者社会条件孤立地看待民法精神现象。所以，对于非民法精神传统的国家或者民族，其对民法的移植是一种社会传统与文化形态的历史变迁，需要一个民法精神融于社会传统的条件，也就是一个精神与文化的历史再生过程，在不同精神与文化的碰撞中必然产生各种矛盾与冲突，不会通过简单的制度改造形式而能够在短时期内完成。“正是通过冲突，并且有时惟有通过冲突，我们才懂得了我们的目的和目标

什么。”^{〔1〕}非民法传统国家的民法移植与精神构造,不是一个形式上的制度变革与形成问题,而是一个社会内部结构的全面更新与发展,是一个改造社会的过程,是一个人的发展过程,是一个深刻的社会进步与超越的过程。

虽然民法的精神并不是民法本身,但是民法精神亦不是单纯的人文精神。它是一种规范的精神,是一种社会行为精神,它追求社会秩序的价值实现,因此它是也必须是上升为民法的精神,是通过民法的制度形式表现与实现的精神。什么样的民法制度表现什么样的民法精神,而民法精神作为一种特定的人文精神,只能通过特定的民法制度来表现,成为由特定民法制度构造的精神,这就提出了对民法制度及其体系构造的要求。虽然一定的民法精神要求一定的民法表现,而一定的民法必然表现一定的民法精神,但是民法精神的制度表现与民法精神的社会存在并不都是统一的,这是民法移植国家所必然表现出的一种社会文化现象。“然而在西方的历史上,恰恰是这种对自由的信奉,使西方世界得以完全充分地利用了那些能够导致文明之发展的力量,并使西方文明获得了史无前例的迅速发展。”^{〔2〕}具有民法精神传统的西方国家,民法精神本身就是其自身的社会文化传统,具有制度与社会的统一性。只有民法制度与社会的民法精神构造的统一,才是真正属于这个社会的有效制度与实在精神。因此,对于民法移植国家来说,其制度构造如何表现民法精神和民法精神如何实现社会转型,就成为一个根本问题。中国社会就面临着这一问题,并将长期面临这一问题。

人类民法精神的根据是相同的,但并不是每一个民族都能够

〔1〕 [美]A. 麦金太尔著:《追寻美德》,宋继杰译,译林出版社 2003 年版,第 207 页。

〔2〕 [英]弗里德利希·冯·哈耶克著:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版,导论第 3 页。

在自己的历史发展中找到民法的精神。决定民法和民法精神的根据是一回事,而在共同的民法和民法精神根据的条件下产生什么样的民法精神是另外一回事。因为民法精神在根本上是一种社会文化现象,它并不完全和直接决定于自己的根据,而是具有各种复杂因素的决定性和社会文化的变异性。然而,当人类社会发展到普遍联系的全球化和一体化阶段,就必然产生共同根据条件下的民法精神认同并开始民法和民法精神的趋同化过程,目前的人类社会就处于这样一个民法精神多元共存与一元发展的整合时期。

民法的精神,作为具有特定价值内涵的社会精神,是一种一元的文化精神。虽然它并不排斥在一元化基础上的多元化或者混合化发展,但是它在根本上是一致的或者趋同化的精神,是一种一般性和普适性的精神,否则,就不存在民法的精神,这是民法精神存在和认识的基础。我们倡导民法的精神,就是要实现作为民法核心价值的精神构造,虽然我们承认在尊重民法一般精神条件下的不同民法制度构造,但并不是要突出民法精神的社会差别性。民法精神的实现可以有制度与方法的差别性,但并不能有根本精神本身的区别与不同,精神就是精神,差别的精神就不是一种精神,它不能产生相同的制度与原则,也就没有相同的价值目的与秩序目标。我们认识的民法精神,是能够给人类带来共同理性与一元秩序的精神,是真正的属于人性本质的精神。

一、人性——民法的自然精神

民法作为社会现象,是人的需要与产物,也就是人性的存在与条件,必然反映人性并构造人性的精神。民法作为人的需要如果没有人性的精神,就不是符合人的真正需要的法律而是背离了

人性的社会异化现象,就不能反映和满足人的目的,也就不能实现人性的本质。“人都具有实现其人格的潜力的强烈欲望,也都具有建设性地运用大自然赋予他们的能力的强烈欲望。”^{〔1〕}人是一种人格的自然存在,具有追求人格价值的人性本质,这种本质是不可泯灭的客观需求。作为以人性为根据的民法应当体现这种人的人格价值并追求人的能力的社会实现。

人性是人的本质属性,包括人的自然属性与社会属性,是人之所以成为人的条件性与客观性。人的存在需要自身的条件,这个条件首先是自然的,自然是必须满足的人的生物规律性,正是人的生物规律性决定了人性实现的社会性,包括作为人的社会性实现条件的民法形式。民法的人性规定性就是民法的人性精神,民法的人性精神是作为人性必然条件的民法价值要求。人性提出什么样的民法必然性,就要求民法具有什么样的人性精神。人性精神是民法最根本的精神,是民法一切精神的根据和来源。很难想像在人性之外还能有决定民法本质的独立因素,一切决定民法的因素都可以归于人性条件,在这个意义上,人性条件是民法的唯一条件,人性精神是民法的真正精神。

如果我们并不否认人性,如果我们承认人性的相同性和一般性,就必然承认人性对民法及其精神的规定性。虽然不同的民族可能有不同的文化传统,但是他们在人性的本质上是一致的,只是这种本质的表现形式在特定的历史条件与社会环境下可能产生社会差别性,但是这种差别性只是人性实现的不同方式与程度,而不可能是对人性的根本否认。任何一种法律,不论被证明其如何脱离人性的精神,都会为它的合法有效寻找人性的根据与合理性,并且人性的本质及其所要求的社会性实现方式必然存在

〔1〕 [美]E. 博登海默著:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第301页。

一般价值性并必将在文化的融合中走向统一。人性本质的一致性体现于民法的规定性,就是民法的精神。

人性的生物性是自然的,由生物性决定的人性社会性是自然而然的。不论是人的生物性还是人的社会性,都具有其应然的自然性。这种自然性或者是直接的自然性或者是作为自然性条件与要求的社会规定性即一种间接的自然性。人是自然的产物,存在于自然依附于自然,必然有自然的要求与实现条件。自然的要求是必然应然的要求,是不能改变的要求,是不以人的意志性为转移而是决定人的意志性的要求。自然的要求是一般的要求,这种要求是不具有可替代性条件的必须满足的生存要求,所以,民法的人性精神,是作为人的那种源于生命本质的精神,是一种“天赋”予人的不可剥夺的精神。这一点,从具有不同历史文化传统的国家和民族接受相同的民法原则和一元化的民法发展得到了充分的证明,不论一个国家具有何种不同的社会意识形态背景,也不论其民法规范具体表现出何种程度的差别性,它们都必然具有并表现出人性自然性所决定的制度一般性。

民法的人性精神作为自然的精神,是一种普适的精神。人性的自然性决定了人性的精神是每一个人都具有并要求实现的精神,在实质意义上,它不应当有民族、种族或者性别等条件之分,也不应当有地域或者社会形态的不同,它是可以为不同民族和不同社会所共同拥有的精神,具有永恒的价值性。不论是哪个民族或者社会对人性精神的适用和弘扬都具有正面的积极意义并能够产生理想的社会效果,即使是那些没有民法文化传统的民族和社会,一旦接受了民法的人性精神,也会把它作为一种应有的精神来追求和信守,而不会对它有根本的排斥性,虽然精神的融合需要一个过程,但不会阻止这一过程的发生和结果。由民法人性精神的普适性所决定,以人性精神为根据的民法,作为人性精神的规范表现形式,也必然具有制度原则与价值的一般性与普适性,可以为不同

的国家和民族所接受,并以制度移植的方式实现民法人性精神的全球化传播与弘扬,真正实现民法和民法精神的普适性发展。

民法的人性精神是一种社会规范精神。“所有的人都遵守规则,对于每个人来说都是极为重要的,因为个人目的的实现正依赖于此,尽管人们的各自目的有可能完全不同。”^{〔1〕}遵守规则是人性的社会性需要,也是民法反映的人性条件与精神。它是通过具体的民法制度与原则构建并使之具体化和形式化的精神,是转变为社会行为与秩序的精神。单纯的人性精神并没有社会意义,人性的精神只有表现为一定的社会形式才具有调整人与人之间权利义务关系的性质与作用,民法就是表现人性精神的最主要社会形式即一种强制性的法律规范条件。不过,虽然人性是民法的根据与精神本源,但人性并不决定不同国家和民族的民法形式及其产生的相同性,换言之,相同的人性并不一定产生相同的法律,法律作为人性实现的社会意识形态选择,存在条件选择上的主观差别性,并由于受到各种复杂自然与社会因素的影响而产生不同的法律形态。人性的精神是自然和根本性的,而法律的形式是具体和现实性的,具体和现实的事物具有必然的差别性。但是,正是由于民法的人性同一性,当人类社会发展到普遍联系的阶段以后,在人性精神的指引下,必然开始民法的全球化与一体化进程。

民法的人性精神,是一种个人主义的精神。人性只能是个人或者个人主义的,以个人或者个人主义为目的,没有集体主义的人性,集体主义仅仅是人性的社会性要求,是人性的社会实现方式。人性的个人主义与实现的社会集体主义就发生了人性精神的自然一般性和表现形式的社会复杂性。一方面人性以个人为主体和对象,另一方面人性又离不开集体的社会结构,它以个人

〔1〕 [英]弗里德利希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,第159页。

为目的,又必须追求集体目标,正是个人与集体矛盾与冲突的必然性产生了人和人类社会的一切问题。民法就是调整人性的个人自然性与集体社会性之间矛盾冲突的基本法律形式,这一法律也就成为个人主义目的的社会性条件。

来源并决定于个人的民法人性精神是一种自利与自由的精神。“在法律意义上,‘自由’意味着享有实际的和潜在的权利,但是,在没有市场的社会里,这种自由并不以法律交易为基础,而直接以法律本身的指令与禁止性命题为前提。”^{〔1〕}人是必须自由的,自由必须是自利的。人性是个人的本性,个人的本性是一种自利性,人性的精神必然是一种以自利为需要的精神,没有自利也就没有人性和人性的精神,人性的精神是一种以满足每一个人利益需要为目的的精神,是必须以每一个人为人格的精神。人性的精神是不能以人格的否定为存在条件的,它必须建立在尊重人的基本价值的基础之上,因此,人性的精神以人格平等与自由为原则,承认每一个人为人格并具有自由的意志。“每一个人都有权担负且仅担负他愿意担负的责任,都有权自由地订立他想要订立的契约,都有权决定他自己的自由选择。”^{〔2〕}一个人有理由为自利的目的而获得自由,这正是以人性为精神的民法调整的社会关系的本质特征。

二、道德——民法的规范精神

道德的目的与作用是人的社会行为,是对人提出的超越于自

〔1〕〔德〕马克斯·韦伯著:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第101页。

〔2〕〔美〕A. 麦金太尔著:《追寻美德》,宋继杰译,译林出版社2003年版,第8~9页。