

王利明

自选集

Wang Liming



理论文库

学习出版社

王利明自选集

WANGLIMING ZIXUANJI



理论文库

图书在版编目 (CIP) 数据

王利明自选集/王利明著. (“学习”理论文库)

- 北京: 学习出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5147 - 0069 - 5

I. ①王… II. ①王… III. ①法律 - 中国 - 文集

IV. ①D920. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 255943 号

王利明自选集

WANGLIMING ZIXUANJI

王利明 著

责任编辑: 于子晶

技术编辑: 王晓勇

出版发行: 学习出版社

北京市崇文门外大街 11 号新成文化大厦 B 座 11 层 (100062)
010 - 66063020 010 - 66061634

经 销: 新华书店

印 刷: 北京联兴盛业印刷股份有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 15.375

字 数: 307 千字

版次印次: 2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5147 - 0069 - 5

定 价: 70.00 元

如有印装错误请与本社联系调换

王利明

王利明，男，1960年生，湖北仙桃市人。中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会副会长、中国法学会民法学研究会会长、“长江学者”特聘教授。王利明教授先后在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》等核心期刊发表论文近200篇，出版《民法总则》、《物权法研究》、《侵权责任法研究》等20余部个人专著。作为第九届、十届、十一届全国人大代表、全国人大财经委委员、全国人大法律委员会委员，王利明教授参与了改革开放以来许多重要民商事法律的起草和修订工作。王利明教授先后获得国家级精品课程、国家级优秀教学成果二等奖、中国高校人文社会科学研究优秀成果奖法学类一等奖（两次）、全国普通高等学校优秀法学教材一等奖、第六届国家图书奖、第九届中国图书奖、第十四届全国图书奖、第四届吴玉章人文社会科学研究优秀奖、北京市第七届哲学社会科学优秀成果二等奖、第四届教育部“高校青年教师奖”等十余个国家级、省部级重要奖项。并曾被评为“2006·中国十大教育英才”、“2007·CCTV中国年度法治人物”。



序 言

在经历了“文化大革命”“无法无天”、法制饱受践踏的十年浩劫之后，伴随着改革开放的进程，建设社会主义法治逐渐成为执政党以及全国人民的共识，并最终凝聚为“依法治国，建设社会主义法治国家”的宪法规范，成为基本国策。时至今日，中国特色社会主义法律体系的战略任务已经基本实现，这一体系适应了我国社会经济制度和社会生活的基本需要，涵盖了社会政治生活、经济生活、文化生活、社会生活和人与自然的的关系等各个领域。就民法而言，民法通则、合同法、物权法等一系列基本民事法律的诞生标志着我国民事立法进入了完善化、系统化阶段，一部具有中国特色、凝聚国人智慧的民法典已经呼之欲出。

作为“文化大革命”后的第一批大学生，我研习法律也已30余年。在此期间，我经历并见证了祖国改革开放和现代化建设的历程，参与并见证了国家民主法制建设

的发展，深为我国 30 余年来法制建设取得的成就感到骄傲，也因能够见证这一伟大历程深感自豪。当然，我们仍应清醒地看到，几千年封建历史传统中的消极因素以及社会在转型中出现的无序现象，仍然是当前法制建设继续向前推进必须着力破解的难题。现实生活中凸显的各种社会问题也暴露出了我国法治建设中的盲点：时有发生矿难引国人责难、山西黑煤窑事件让人痛心疾首、三鹿奶粉事件更令人愤愤难平、“躲猫猫”事件也令人深省……此外，贪污腐败之风未能有效遏制，涉案数额不断递增、所涉高官不断升级、各种权钱交易和官商勾结现象备受诟病。凡此种种都无一例外地表明，我们的法治建设之路任重而道远！但是，我们不能因为这些问题的存在否定法治建设的成就，更不能因此丧失对未来法治建设的信心。相反，正视这些问题，通过法治的进一步完善来解决这些问题，这也是我们法治建设中所必须经历的历程。

在 30 余年民法研习的过程中，我有幸躬逢其盛，见证和参与了我国一系列重大法律的起草和制定工作。作为一名学者，我以“位卑不敢忘忧国”的心态，积极为相关立法献言献策；作为一名法学研究者，我也多次受立法机关委托，就一些重大疑难问题组织研讨和课题攻关；作为一名人大代表，我努力履行代表职责，为推进国家法治进程鼓与呼。

在过去 30 余年的法学研究和法学教育过程中，我始终以建构中国自己的民法学理论体系并进而推动建立中国

自己的民法典体系为目标。我始终认为，我们伟大的民族曾经在历史上创造了博大精深的包括中华法系在内的中国文化，数千年来巍然屹立于世界文化之林。我们感激先人的贡献，更应在当代对中国法律体系的建立和法治的现代化有所作为。中国民法典应当立足于中国的实践，在借鉴国外先进经验的基础上构建自己的体系。我积极主张制定独立成编的侵权责任法和人格权法，在合同法中坚持以鼓励交易为目标，在物权法中以平等保护为原则，在侵权责任法中以充分救济受害人为宗旨，等等。这些思考都旨在立足我国实践，推动我国法治的现代化。除了致力于我国具体民事法律制度、规范、概念的建构与研究之外，我也结合我国法治进程的发展，尤其是在参与起草民法通则、合同法、物权法、侵权责任法等法律过程中遇到的涉及法治理念、法律原则、法律体系等一系列宏观性的重大问题进行了思考与探索，并整理成文。现将之辑录成集，就教于方家，以期抛砖引玉。

目 录

中国为什么要建设法治国家·····	(1)
我国社会主义市场经济法律体系的形成与发展 ·····	(32)
和谐社会应当是法治社会 ·····	(59)
民法的人文关怀 ·····	(75)
法典化：我国民事立法体系化之必由路径 ·····	(116)
改革开放以来的中国民法 ·····	(155)
法学学科发展三十年之回顾与展望 ·····	(190)
论人格权制度在未来中国民法典中的地位 ·····	(214)
合同法的目标与鼓励交易 ·····	(250)
物权法是社会主义市场经济的基本法律 ·····	(267)
平等保护原则：中国物权法的鲜明特色 ·····	(277)

合久必分：侵权行为法与债法的关系	(301)
侵权责任法的中国特色	(342)
建立和完善多元化的受害人救济机制	(368)
法治的社会需要司法公正	(413)
我国案例指导制度若干问题研究	(417)
什么是法学家的社会责任	(453)
“饭碗法学”应当休矣	(472)
关于当前我国法学教育改革的几点建议	(477)

中国为什么要建设法治国家*

党的十五大确立了依法治国的战略方针，并将之写入宪法，从而使建设社会主义法治国家成为我国既定的治国方略。在此方略指引下，法治已成为我国基本的社会治理模式，并逐渐成为人民的生活方式。但不容忽视的是，法治实践客观上存在着不少障碍与阻力，法治发展进程并非一帆风顺，其原因不仅有历史、文化等方面的因素，还有对为什么要建设法治国家所存在的观念困惑和误区。显然，现阶段继续深入讨论“中国为什么要建设法治国家”并不多余，只有从理论上真正厘清这个重大问题，才能消除观念上的消极因素，切实稳步地推进我国社会主义法治建设的进程。

* 本文发表于《中国人民大学学报》2011年第6期。

一、法治内涵的确定

要准确全面地回答“中国为什么要建设法治国家”这一重大问题，首先应确定法治的内涵，因为这是一个多义的概念，意义取舍不当将直接导致方向性的错误。从历史上看，法治“Rule of law”一词形成于13世纪的英国，在著名法官柯克与国王查理二世的争论中，柯克提出“法律是国王”的论断，^①这在实质上触及了现代法治的基本内涵，即法律至上。“法治”一词在其他西方国家表达中有所不同，如德国、法国均表述为“法治国”（德语 Rechtsstaat；法语 Etat de droit），但意蕴大致相当。与此相比，尽管中国古代也有“以法治国”、“使法择人”、“使法量功”等法治形式，如法家强调“以法为本”、“法不阿贵、绳不绕曲”，但正如沈家本先生在其《新译法规大全序》中所指出的，这种法治与西方法治只是形式相似，无法掩盖二者在“宗旨”，即精神内核方面的区别。^②故而，严格地说，现代法治理念主要还是来源于西方，但又必须符合中国的国情和现实需要。

在此基础上，笔者认为，法治的基本内涵主要包括以下几个方面：

第一，法律至上。这是法治的首要内容，即法律应是

^① J. R. Tanner, *Constitutional Documents of the Reign of James I, 1603—1625*, Cambridge University Press, 1930, p. 187.

^② 沈家本：《法学名著序》，《寄簪文存》卷六。

社会治理的最高准则，任何个人和组织都不享有法律之外的特权。早在美国建国初期，潘恩便指出，在法治国家里，法律是国王，而非国王是法律。^① 英国学者戴西也认为，“法律至上”是法治的主要特征。^② 法律至上实际上是要实现规则治理，“无规矩不成方圆”非常形象地说出其中的道理，即将明确稳定的规则作为“规矩”来规范国家和公民的行为。需要指出的是，规则治理与民主治理不可分割，在法治社会，正当的法律都是通过民主程序制定出来的，反映了民众的期望，符合民众的利益，体现了社会共同理想和信念，自然应受到全社会的尊重和遵从，这也为民众遵守规则奠定了良好基础。就此而言，法治实质就是以人民的意志来管理国家和社会。

第二，良法之治。古希腊哲学家亚里士多德指出，“法治应当包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^③ 这是探讨法律在价值上的正当性的最早主张。尽管学理上也曾有“遵守法律，即使恶法亦然”的说法，^④ 但其主要强调法律的权威性及其普遍适用性对于法律实施的意义，并没有否定良法的重要性。既然法治是依法治理，那么，只有良法才能最大限度地得到民众的认同，才

① 《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第114页。

② 布鲁诺·莱奥尼著，冯辉译：《自由与法治》，《律师文摘》2011年第1辑。

③ 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1965年版，第199页。

④ 孟狄士著：《法律研究概述》，黄显辉译，澳门大学法学院1998年版，第147页。

能最大限度地发挥法治的效力。当然，良法的理解和判断是一个仁者见仁智者见智的问题，它通常应具备以下要素：一是制定完备，即法律应当是类别齐全、规范系统，大体涵盖社会生活的主要方面，且各项制度相互之间保持大体协调的制度体系；^①二是法律应当有效规范社会生活，并在制定过程中吸纳大多数社会成员的参与，进而符合社会和人民的需要，符合社会一般公平、正义的观念；三是法律应当保持内在的一致性，立法者应当不断通过修改、补充等方法来使法律符合社会的需求与时代的发展。^②

第三，人权保障。人权一般指人在社会、国家中的地位。按照马克思主义的观点，人的本质“在其现实性上”是“一切社会关系的总和”，^③其中包括经济关系、政治关系、文化关系及其他社会关系，因此，人权是人在一切社会关系和社会领域中地位和权利的“总和”，其中包括社会权利、经济权利、文化权利、政治权利以及人身权利。^④在此意义上，人权实质上就是人的主体地位象征，而法治只有建立在充分尊重和保障个人人权的基础上，才能肯定人在法律上的主体地位，法律的存在才具有合目的

① 卓泽渊主编：《依法治国理论学习读本》，中国法制出版社2008年版，第25页。

② 郑成良：《论法治理念与法律思维》，《吉林大学社会科学学报》2000年第4期。

③ 《马克思恩格斯选集》第一卷，人民出版社1972年版，第18页。

④ 董云虎等：《世界人权总览》，四川人民出版社1991年版，第30页。

性。^① 在我国，人权作为人最基本的权利集合，体现了人民群众的根本利益，因而保障人权也是我国社会主义制度的根本任务。构建法治社会的终极目的是为了个人的福祉，因而法治也必然要以保护人权作为其重要内容，而人权的保障状况也成为在现代社会中区别法治国家和非法治国家的重要标志。^② 当然，保障人权在维护个人自由和尊严的同时，还能有效地防止政府的侵害，从而规范公权，这也是法治的内在含义。

第四，司法公正。古人说：“徒法不足以自行”，法律必须在实践中得到严格的适用才能发挥其效力，否则再好的法律也只能形同具文，这就是霍姆斯所说的将“纸面上的法”（law in book）转化为“现实中的法”（law in action）的过程。^③ 而法律要准确适用，离不开司法公正。在现代市场经济中，平等主体之间的纠纷有多重的解决机制，如协商、调解、谈判、仲裁等，但从纠纷解决的权威性和终局性来看，由独立的、中立的、享有公共权力的司法机构来解决无疑是最佳选择，而这个机构就是法院。申言之，法治不仅意味着法律的至高无上和依靠良法治理，还应经由公正的司法活动来贯彻实施。公正的司法，不仅在于惩恶扬善，弘扬法治，同时也是对民众遵纪守法的法

① 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第163页。

② 卓泽渊主编：《依法治国理论学习读本》，中国法制出版社2008年版，第11页。

③ Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law”, 10 Harvard Law Review 457 (1897)

治观念的教化，是对经济活动当事人高效有序地从事合法交易的规制。司法公正固然需要有司法的独立和权威的保障，需要体现出实体上的公正，此外还不能忽视程序公正，即司法必须在法律程序内运作，必须展示出一套法定的、公开的、公正的解决社会各种利益冲突的程序。正因为程序是看得见的正义，它也是实体正义的根本保障，^①也即“通向法庭裁判正义的道路是由多种正当的程序所铺就的”。^②程序公正要求当事人在程序上武器对等，任何人不能充当自己案件的裁判者，论证和决定都应遵循一定的程序。现代法治的一些重要规则，如无罪推定、禁止刑讯逼供、裁判者的独立公正等，都是从程序公正中发展出来的，它们也是保护基本人权，实现社会公正的基本措施。

第五，依法行政。在法治社会中，最高的和最终的支配力量不是政府的权力而是法律，^③政府因此也必须依法行政。之所以如此，一是因为政府所享有的行政权具有强制性、单方性、主动性、扩张性等特点，一旦失去了约束，将严重威胁处于弱势一方的公民合法权益。因而，如果要通过法律手段来调整政府和公民的关系，必然要求行政权的行使要获得法律的授权并受到法律的限制，并遵循

① 陈瑞华：《看得见的正义》中国法制出版社2000年版，序言。

② Maurice Rosenberg, "Devising Procedures that are Civil to Promote Justice that is Civilized", 69 Mich. L. Rev. 797 (1971) .

③ 郑成良：《论法治理念与法律思维》，《吉林大学社会科学学报》2000年第4期。

法定的程序。尤其是在相对人受到公权力的侵害之后，其可以获得相应的救济。^① 这正体现了法治国家的本质，即国家和人民的关系是以法的形式来界定的。^② 二是为了保证公权力自身的廉洁和高效率，减少社会资源的浪费。从社会治理的历史经验不难看到，一旦公权力失去制约，其不仅仅会侵犯公民个人的合法权益，也会侵犯公共资源和公共利益，而且，对这些公共资源的破坏，给整个社会带来的危害可能远远大于对个别公民权益的损害。三是因为如果政府所享有的公权力都是根据民众的意志产生，由民众所赋予的，那么民众对于自己所赋予的权力，也要通过一定的方式进行制约，以防止权力被滥用，而制约权力最为有效的方法就是通过规则控权，因此法治的核心就在于有效地控制公权力。^③ 在法治社会，任何政府的权力都必须由法律所规定，法无明文允许即为禁止，公权力的内容、行使等必须都纳入到法治的轨道。

还应指出的是，按照一些西方学者的观点，法治有形式意义和实质意义之分，或者称为“薄维度的”（thin）和“厚维度的”（thick）之分，前者体现了富勒所说的法律的一般性、公开性、预见性、明确性、一致性、可适用

① 宋功德：《建设法治政府的理论基础与制度安排》，国家行政学院出版社2008年版，第5页。

② 陈新民：《德国公法学基础理论》，上册，山东人民出版社2001年版，第81页。

③ 卓泽渊主编：《依法治国理论学习读本》，中国法制出版社2008年版，第15页。

性、稳定性和强制性，^① 后者则强调法律的价值和实体性正义，尤其是强调与政治民主制度之间的联系。一些研究中国问题的外国学者认为，中国的法治是一种“薄维度”的法治。^② 笔者认为此种观点不当。一方面，我国的法治不是对西方法治的简单复制，而是以社会主义基本经济制度和政治制度为基础，坚持党的领导，坚持社会主义政治制度的特点和优势，符合我国当前基本经济和社会状况，维护社会的基本秩序和稳定，不能完全用西方的标准来作为判断我国法治实践成功与否。另一方面，我国实行的社会主义制度和实现依法治国目标并不冲突，社会主义制度就是要充分保障人民的民主权利，维护其参与国家政治和制定法律的权利，并在得到全体公民认可的法律下依法治理国家，规范国家公权力，保障人民利益，这和法治的内涵是完全一致的。因此，我国政治语境下的法治并非是“薄维度”的法治。

二、法治的社会治理功能

从西方的经验来看，进入现代社会之后，西方要么如大陆法通过复兴罗马法传统，通过成文法来规范社会，要么像普通法通过判例法形成规则约束行为，这些都是通过

^① Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1976, chapter 3.

^② Randall Peerenboom, *China's Long March Towards Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002, pp. 2—6.