



JINGMAO FAXUE LUNCONG

经贸法学论丛

总主编 柴振国

DANGDAI FAZHI SHIYU XIA DE MINFA SHIXIAN

当代法治视域下的 民法实现

武建敏 张振国/著

中国检察出版社

当代法治视域下的民法实现

武建敏 张振国 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代法治视域下的民法实现/武建敏,张振国著. 北京:
中国检察出版社,2006
ISBN 7-80185-631-7

I. 当… II. ①武…②张… III. 民法—研究—
中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 091975 号

当代法治视域下的民法实现

武建敏 张振国 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 9.75 印张

字 数: 267 千字

版 次: 2006 年 9 月第一版 2006 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-631-7/D·1607

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

作者简介

武建敏

1969年生，河北省内丘县人，东北师范大学哲学学



士，北京大学哲学硕士、法学博士。2001年投武树臣先生门下学习法律思想史和法律文化，从此开始对法学进行更深入的学习深造。2004年返回阔别多年的老家，在河北经贸大学法学院执教，力图使自己成为一个真正言说思想的人。在对法学多年的研究中，曾著有《传统司法行为及其合理性》、《司法理论与司法模式》等法学专著。

张振国

1965年生，河北省灵寿县人，北京大学法学博士。现



执教于河北经贸大学法学院，主要研究法史学、法理学，在《现代法学》等刊物发表论文十余篇，著有法学专著《张君勱的宪政思想研究》。

经贸法学论丛

我国所有权制度的变迁与重构

专家民事责任制度研究

中国企业融资法律问题研究

民法方法论

契约法律制度的经济学考察

当代法治视域下的民法实现

国有资产管理法律实现机制
若干理论问题研究

责任编辑：王 冕

封面设计：耀午书装

010-84473188

总 序

燕赵大地，人杰地灵。河北经贸大学就坐落在太行山脚下风景秀丽的滹沱河畔。它以经济、管理和法学学科为支柱，是省属综合性重点大学之一。声声不息的滹沱河河水，孕育着一代代经贸学人，也孕育着法学院的法律学人和学子们。

正是这种无息的孕育，使法学院的学人们在这块田园里春夏秋冬不辞劳苦、辛勤耕作和无私奉献，也正是这种耕作和奉献，使得法学学科这棵幼苗得以快速成长。从 1993 年其前身经济法系成立到今天初具规模的法学院，经过 12 年的努力，已拥有民商法、经济法和国际法三个硕士点和经济法一个在职硕士点。年轻的法学院充满朝气与活力，集聚和培养了一群风华正茂，立志为学的年轻学者，他们分别毕业于不同的学校，汇聚了全国各大重点院校的不同学术风格，吮吸着京畿大地丰厚的历史文化滋养。他们以无私无畏的精神白手起家，充分发挥着自身的后发优势，他们还利用环绕北京、贴近祖国心脏的地缘优势关注和感受着法学前沿问题和法治社会的重大事件。他们与这个伟大的时代同呼吸、共命运。尽管他们所在的还算不上名门名校，但他们正在凭借自身的力量与智慧，努力争得一席之地。

法学院的发展关键在于学科建设，学科建设的基础关键在于学术成果的支撑，而学术成果的取得在于法律学人不断的发现问题、思考问题和解决问题，在于对学术价值的正确判断和刻苦追求。正是在这种理念下，法学院的学人们刻苦追求，努力奋斗，不断进取，在教学和科研上取得了可喜的成绩。为了展示和反映河北经贸大学法学院的科研实力和最新研究成果，发现和支持新



人新作，鼓励和培养科研精神，加强学科建设，就要开拓一个固定的园地或搭建一个平台，给法学院学人们提供一个展示和创新的机会。这就是出版本论丛的目的所在。

河北经贸大学法学院与中国检察出版社共同组织出版这套《经贸法学论丛》。之所以命名为《经贸法学论丛》主要有两方面考虑：其一，“经贸”是河北经贸大学之意，因为河北经贸大学是这套丛书的发起者；其二，“经贸”是经济贸易的简称，从选题范围来说，这套丛书主要包括民商法、经济法和国际经济法，同时也兼顾其他法律部门，不受部门法划分的局限。今后，我们计划每年陆续安排若干种课题的出版，使这套论丛更加完善和丰满。

在这套《经贸法学论丛》出版之际，我们衷心感谢中国检察出版社领导与编辑朋友们的信任和支持，是他们给我们创建了这个平台，提供了机会。我们也殷切期望这套丛书能得到社会各界的支持与关注，同时，真诚欢迎来自各方面的批评与指教，所有这些都将作为激励和鞭策我们继续前行的力量。

柴振国

2005年8月

目 录

总序	(1)
导论	(1)
一、从规则论到实践论	(2)
二、生活世界与民法的实现	(4)
三、民法的实现与和谐社会	(7)
 第一章 民法实现的一般理论	(11)
第一节 社会理论	(13)
一、社会生活的基础地位	(13)
二、社会中的知识	(17)
三、国家与社会中的权力问题	(22)
第二节 道德理论	(26)
一、作为法律合理性基础的道德	(27)
二、民法实现的道德基础	(30)
三、道德与法治	(36)
第三节 意识理论	(39)
一、意识与法律意识	(40)
二、法律意识与民法的实现	(45)
三、法律意识与法治	(48)
 第二章 民法实现的基础	(52)
第一节 民法实现的信誉基础	(52)
一、传统信誉机制	(53)
二、建立现代信誉机制	(65)



三、培育信誉文化	(73)
第二节 民法实现的道德基础	(75)
一、民法实现的道德基础	(76)
二、道德自律与民法实现	(82)
三、道德他律与民法实现	(88)
四、影响我国民法实现的道德因素	(101)
第三节 民法实现的法律基础	(111)
一、民法实现的立法基础	(111)
二、民法实现的权力基础	(123)
三、民法的实现与法律职业群体	(130)
第三章 民法实现的方式	(139)
第一节 遵守法律、民法的实现与法治	(140)
一、遵守法律与民法的实现:法律的另一种解读	(140)
二、遵守法律、民法的实现与法治	(146)
三、遵守法律如何养就	(148)
第二节 和解、民法的实现与法治	(152)
一、和解的本质	(154)
二、和解与生活方式	(160)
三、和解之精神实现中的障碍性因素	(163)
四、和解与国家公共权力的运行	(167)
五、和解、民法的实现与法治	(169)
第三节 调解与民法实现	(173)
一、传统民间调解与民事活动的实现	(173)
二、当代中国的民间调解与民法实现	(185)
三、探寻民间调解的新出路——对两种新民调模式的 述评	(204)
第四节 仲裁、民法的实现与法治	(211)
一、仲裁的本性	(212)
二、仲裁:国家与社会之间	(215)



三、仲裁、民法的实现与法治	(220)
第五节 司法审判、民法的实现与法治	(224)
一、法律解释的秘密	(224)
二、司法审判及其正义诉求	(232)
三、法官的完善	(238)
四、司法、民法的实现与法治	(246)
第四章 民法的实现与法治	(251)
第一节 法治类型学的几点思考	(252)
一、法治的辨析	(252)
二、道德型法治与民主型法治	(254)
三、今日中国之法治类型	(258)
第二节 市民社会与法治	(261)
一、市民社会：法治秩序的源泉	(261)
二、市民社会与法治精神	(265)
三、市民社会与法治意识	(270)
第三节 民法的实现与法治	(274)
一、民法的实现与法治自主性问题	(275)
二、民法的实现与法治的简约化	(277)
三、民法实现与法治的内化	(281)
尾论 以民法为基础：法治的另一种视角	(284)
一、从市民社会说起	(284)
二、民法与法治精神	(287)
三、秩序与价值：当代法治的两个维度	(290)
参考文献	(293)
后记	(299)

导 论

在今天的中国，法治是一个十分具有魅力的字眼，它是对法律的运作状态和运作结果的描述。从法律的运作状态而言，法治就是要做到“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”，而从法治的结果意义上来考量，法治其实就是一种秩序，也可以说就是法律的实现。^①民法是法律体系的一个组成部分，而且是最为基础的部分，它植根于市民社会的生活规则之中，是构成社会基本秩序的最重要的前提，因而民法的实现是法律实现中的最为基础的环节。一个国家的宪政即使再完美，如果民法的实现出了问题，连基本的民事秩序都难以得到保证的话，根本就不可能有法治可言。这里所解读的一般法治就是从秩序的角度对法治的理解，而在这个基本的秩序意义上，民法及其实现构成了法治社会的基础。^②

① 我们这里的解读法治的方式实际上是从法治一般的意义上来加以把握的。在法学界许多人的观念中狭隘地认为法治就是与近代启蒙思想相互联系在一起的，进而是与宪政观念密不可分的，因而这种法治要追求的是与自由与民主精神相一致的价值体系。这当然是一种法治，但这仅仅是一种法治类型。而在一般的意义上来讲，法治就是一种秩序，一种和谐的秩序，每个人在这样的秩序中都有权利期待满足自己的合理合法的要求，从而能够有效地实现正义的价值。

② 除了秩序这样的基本维度之外，在市民社会基础上生成的民法也为法治提供了一种精神的价值。民法是市民社会的根本大法，市民社会本身所蕴涵的自由、平等的价值理念对培育一个民族的现代法治精神具有基础性的意义。在一定意义上讲，民法的精神与宪政的精神、法治的理念是一致的。而一个时代的法治精神就来自于这个时代的市民社会的基础。忽略了市民社会的基础，将没有法治可言。



一、从规则论到实践论

过去人们对民法的研究主要集中在民法的各种规则系列及其完善之中，在这种研究的基础上我们制定了大量的民事单行法，于是法律的量在迅速地增加，这被人看做是民法研究的进步和发展以及对象化的成果的鲜明体现。当然，这种法律的不断增加有着更为深层的原因，可以说这与社会复杂化有着内在的关联。“在我们这个时代，任何人都会同意一个看法，这就是，这个世界正在变得复杂而且在未来只会变得更加复杂。科技的突飞猛进，信息的爆炸传播，通讯的超速快捷，人口的迅速增长，以及永不间断地跨越国界的移民浪潮，所有这些现象，都是我们极为耳熟能详并且无可争辩的。其结果是，在这个地方对它们加以说明是没有任何意义的。但是，伴随着这些现象的发展，调整社会的法律规则是日趋复杂，有增无减，而且大有铺天盖地之势。大量的复杂法律规则调整着人们行为的方方面面。”^①就民法而言，伴随着社会的复杂化，民法的规则也在复杂化。古老的民法领域中的规则在复杂化，伴随着社会新的领域的出现，又大量地出现了许多新的民法规则，以至于民法构成了一个复杂的知识体系。生活中遇到了民法问题，往往不得不求助于律师和各种各样的专家，而律师由于某种利益的驱使，往往会增加法律的复杂化，将本来很简单的问题用专业化的复杂知识加以阐释，使得当事人对法律产生一种知识的恐惧。

对于民法的探讨，如果仅仅局限在规则论的领域，规则就会不断地得到膨胀。一个问题出现了，就会去寻求规则的解决方

^① [美] 理查德·A. 爱波斯坦：《简约法律的力量》，刘星译，中国政法大学出版社2004年版，第29页。爱波斯坦教授所描述的复杂规则的膨胀不仅出现在美国社会，而且在世界各地都普遍存在这种现象。面对复杂化的增强，他提出了“简约化”的法律策略。正如他所说的那样：“我的目的在于建立一些简约规则。”（《简约法律的力量》，中国政法大学出版社2004年版，第30页）这就像是在复杂社会的清醒剂，使我们不得不反思规则所存在的问题。



法，而不会去寻求其他的途径，这只能使法律越来越复杂。“对于具体化的，具体条件下的真正公正的想像、怀念和期待，而非为了一般意义上的公正，更非为了笼统的‘解决一般问题’，才是不断增加法律规定、细化法律内容的并且总是在场的根本动力之一。”^① 在这样的一种复杂规则逐步增加的情况下，人们必须寻求解决这一问题的策略，于是爱波斯坦主张“实现了成本和激励之间的有益平衡，也就实现了法律的简约”。^② 当然，这只是问题的一个方面，它告诉我们单纯地将研究的视角局限于规则论是有问题的。于是我们必须转换一种思考的视角，即从规则论走向实践论。

实践论要求将法律文本放置到生活世界中去思考规则的实现问题。实践中的法律规则伴随着社会的运作，每一种规则，尤其是民法规则，它总是来源于社会的基础条件，而社会中规则的实现又有其自身的机制。首先，在社会的运作中，信誉机制是保证民法得以实现的根本机制，如果一个社会没有了信誉，无论你的民法规则多么健全而完美，人们依然会时刻准备着破坏法律。其次，民法规则与道德实践息息相通，在一个道德良好的社会，人们总是能够更好地遵守法律的规则。道德是人内在的约束机制，它有利于一个公正的运作机制的形成，个体具备了美德，就会去有效地实现社会的正义，而民法就是社会正义的法律化。最后，民法规则的最终落实也有赖于一个公正的司法机关的力量，司法必须公正，这样人们才会对它有足够的信任，才会期待出了问题之后，去寻求司法的救济，而如果这种期待得不到满足，无论你法律规则多么完美无缺，也难以通过司法途径得到有效的贯彻。

这里有个视角的转换问题，就是要求我们在思考法律问题的

① [美] 理查德·A. 爱波斯坦：《简约法律的力量》，刘星译，中国政法大学出版社2004年版，第5页。

② 同上，第18页。



时候，不仅要期待规则的完美，而且要期待一种社会运行机制的完善。而社会机制的完善不仅仅需要法律的力量，它更多的要依赖法律之外的因素。比如，我们关注民法的司法实现问题，但司法对于民法的实现不仅仅要求作为良法的民法规则，而且还有社会信任以及体制的问题等等，如果司法机关本身不追求正义，甚至有意无意地接受体制的束缚，即使再良好的规则也可能得不到完美的实现。因此，我们在关注民法规则的同时，要从实践的视角去认真思考和研究民法规则何以才能得到有效的实现这一重要的实践问题。

二、生活世界与民法的实现

在法学学科的分类中，将民法看做是私法系统的主体部分，作为私法，民法规则是生活世界的规则的法律化。在这个意义上讲，所有民法的原则和规则都可以在生活世界的习惯、价值以及各种信念之中找到它存在的基础。按照马克思主义的社会历史理论，经济基础决定上层建筑，市民社会从总体上而言是经济基础的范畴，而法律属于上层建筑，作为上层建筑的民法在归根到底的意义上是从生活世界中产生的。人类就要进行各种各样的交往活动，在交往活动中人们逐渐认识到需要由一定的规则来维系他们基本的生活秩序，一个人到市场上买东西，这种实践会产生交易的规则。在私有制的产生过程中，人们逐渐意识到“这个东西是我的”，“那个东西是你的”这样的朴素的产权意识。如果有人侵犯了“我”的东西，就必须给予赔偿，而且这种赔偿要在大体上与“我”的损失是等价的，也就是说要做到公平，这样的公平的实现是市民社会的基本要求，是生活世界合理性要求的自然体现，它是维系社会秩序的基本价值。在国家救济方式产生以前，民间的生活已经在按照其自身固有的规则和价值进行交往了，当出现纠纷的时候，权威人士也是按照这些内在于生活世界的规则来对纠纷加以解决的。公权力产生以后，国家将这种市民社会的规则法律化，并且形成了非常精致的法律体系，这一点



只要看看罗马法就能够有一个清晰的把握。当然，社会总是在发展的，于是那些规则也在不断地变化，但不管如何变化法律的规定都在归根到底的意义上是市民社会的产物。

当然，这并不是说作为上层建筑的法律精神就对民法体系的完善没有作用，法律的价值和精神在归根到底的意义上来自于市民社会的生活世界之中，但它一旦形成就具有相对的独立性，且有效地促进精致的法律体系的形成。比如，在启蒙思想中的一些价值——自由、平等、民主以及正义等，就对法国民法典具有重要的促进作用，可以说，法国民法典就是这些精神价值的对象化。“《法国民法典》也是以启蒙运动和理性法所确立的信念为基础的，即一种理性的社会生活秩序的基础，或许可以通过一种全面的以法律规则的新秩序予以有目的地奠定。”^①何为有目的地奠定？它指的就是在人类有意识的精神价值的促进下，去有目的地建构一种法律体系，让这种法律体系得以体现这种精神价值的力量。但归根到底，无论是价值也好，还是具体的法律规则也好，都要体现生活世界作为基础的重要地位，拿破仑本人在法国的民法典制作过程中就非常关注生活世界的现实要求。“所有当时的证据都表明，作为一个年仅34岁的青年和国家元首，拿破仑具有极为强烈的和令人着迷的人格魅力。在参政院的会议上，他不断地捕捉抽象规则的实践关联；他会打断繁琐无益的枝节争执，并通过提出明晰简洁的问题将讨论带回到实际和具体的论题上。”^②正是由于这种务实的风格和对生活世界的强烈的关注，拿破仑“坚持法典的起草风格对于即使如他那样的非法律家也应当透明易懂”。^③其实，一部有价值的法律要想做到让多数普通的民众都能看得懂，一方面除了语言的简练之外，更为重要的

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2004年版，第133页。

② 同上，第129页。

③ 同上。



就是要与生活世界保持必然的联系，这样，当人们在阅读法律的时候无非是在阅读自己的生活以及自己生活中所体现的价值需求。我们说民法从根本上是生活的产物，正是由于如此，民法从其主导来讲是社会演化的结果。对于一个民间的秩序而言，即使没有国家的法律规定，人们也知道他该怎么办，不同的是国家的出现为民法的实现提供了一个最终意义上的强制保障。

正是由于民法与生活世界的紧密依赖性，决定了民法实现方式的多样性。当一个人被另一个人侵犯了财产的时候，他可以与对方平等协商，确定赔偿的数额；他也可以求助于一位两个人都熟悉且都很尊重的长辈来调解他们之间的纠纷；他也可以求助于司法机关，让法律给他一个公正的解决方案。^① 总之，他有多种多样的选择方式。哪一种方式最为有效且对自己最有利，他就会选择哪种方式，这可能就是理性人的选择。在这样的状况中，生活处于一种多维选择的境况下，当事人必须权衡利弊得失而确定其选择的方式。在这样的境况下，民法的实现也有多种途径，而法律的选择在很大程度上并不是一种好的方式，而且往往是较差的选择。一个人如果在法院里将另外一个人告了，那可能的结果就是日后这两个人再也难以形成伙伴关系了，这样损失的不仅是两个人之间的成本，而且还有更大的社会效益的丧失。生活世界本来就是一个自治的领域，自治就是选择的多样化，而且要以最符合事物本性的方式进行选择，不要有太多的冲动，自治是追求稳妥性的价值的秩序产生的模式。动辄求助于法院，其实决不是法律实现的最好的方式，也并不说明人们法律意识的提高，法院

^① 在法律介入民事纠纷的解决的时候，未必就能有利于问题的解决。举一个极端的例子，张三欠了李四 1000 元人民币，就是不还，但李四没有证据，法院也没办法处理。而如果李四较轻程度地利用某种恐吓或者黑道的方式就能够将钱要回来，怎么办？法律是禁止这么做的，而且必须禁止，禁止了自然问题得不到解决，当然不禁止可能会出一些大问题，从利益考虑也许还是禁止更加好一些。这是法律的无奈，法律是不可能圆满地解决所有问题的，法律的实现更多依赖的不是法院系统，而是人们的自觉，当然法律的存在本身也是一种很好的制约机制。



的诉讼量与法治意识的高低之间没有必然联系。在一般的民事案件中，诉讼量的增多恰恰说明了人们缺乏法律意识。所谓法律意识不是打官司的意识，而是法律所追求的秩序意识，即对于法治的意识和理念。你将官司弄到法院里，法院就要增加成本，司法资源就处以耗费之中，如果大量的简单案件到了法院，势必影响疑难案件中的资源的运用和发挥作用，这不是有益于法治，而是对法治精神的背离，违背了法治精神的举措还能说有什么法治意识吗？

既然民法规则与生活世界有着那么紧密的内在联系，人们一定能够有意识或无意识地了解解决问题所依据的原则和规则，那么又为什么不更多地采取法院之外的解决方式呢？或者又为什么不从人们的意识的自觉的角度将纠纷堵塞在未然状态之中呢？民法所调整的是自治领域，自治首先就是自我治理，通过自我治理达到一种良好的社会秩序，这才是实现民法的最基本的方式。^①然而，民法的自治是需要多种条件的，比如彼此之间的长期合作，如果人们之间的民事关系都是一次性合作，就会有更多的人破坏这种合作，但如果欲谋求长期的合作，那就不能去破坏彼此之间的利益和信任关系，久而久之信任关系就可能形成一种行为的惯性，当信任能够内化为主体结构中的自觉的时候，民法实现的多样选择就会有一个良好的效果。

三、民法的实现与和谐社会

民法实现的方式是多种多样的，这是选择的多样性的基础，它植根于自治领域中人们的自由信念。“如果你往返各国，尝试

^① 然而在现代社会的中国有很多人动辄到法院去起诉，这说明了我们的社会信任的缺乏，在现代社会这样一个陌生人的环境里，原有的机制失去了作用，人们在很多情况下不得不到法院寻求解决的途径，好像法院成了民法实现的惟一方式。这种现象的后果很严重，司法资源的浪费以及信任匮乏的不断恶化都可能是这种现象的严重后果。我们在走向现代的同时，过去机制没有了制约的作用，而新的机制又难以立刻形成，于是不得不将希望寄托于法院的身上。这也是一种无奈。