



私法文化与 人本价值

李少伟 赵俊劳★主编

★ Private Law Culture and the Value of Human Being ★



西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

* 陕西省重点学科建设专项资金资助项目

私法文化与人本价值

* Private Law Culture and the Value of Human Being *

李少伟 赵俊劳*主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法文化与人本价值 / 赵俊劳, 李少伟主编.
—北京: 法律出版社, 2013. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5478 - 0

I. ①私… II. ①赵…②李… III. ①私法—
文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 235737 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/大恒数码印刷(北京)有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/A5
版本/2013 年 11 月第 1 版

印张/11.75 字数/326 千
印次/2013 年 11 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 - 5478 - 0

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北民商法学术文库编辑委员会

编委会主任:李少伟

编委会副主任:高在敏 赵旭东

编委会执行主任:程淑娟

编委会成员(以姓氏笔画为序):

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔
赵旭东 赵林青 高在敏 韩 松
董少谋 程淑娟

“西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。

西北政法大学民商法学院是以从事民法学、商法学、民事诉讼法学教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生近 2000 名。学院师资力量雄厚,50 多名专任教师中三分之二以上具有高级职称,具有博士学位和在读博士的教师 20 多名,有 13 名教师分别在中国法学会各专门研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女 / 性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学研究机构,设有私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所和律师制度与执业规则研究中心、仲裁制度与实务研究咨询中心等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家庭制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金研究项目 9 项,项目内容涉及集体所有权

法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。学院还承担有省、部级研究项目 30 余项。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院以专著形式形成的科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为省部级及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本文库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本文库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会
2010 年 9 月

序 言

这部论集所收录的是西北政法大学私法文化与法典化研究所同仁们的部分研究成果。早在 2009 年,应《河北法学》编辑部之约,我们组织了 8 篇论文在该刊当年的第五期“民法哲学研究”专题栏目集中发表。此后,我们的研究一直在继续。因为我们有一个致力于私法文化、民法哲学研究的学术团队,这个团队的研究成员由民商法学科和哲学、文化学学科的教师构成,这个团队的成员都充分认识到了在当今中国研究私法文化问题的重要性和迫切性。

对于法律制度而言,文化因素具有重要的意义和作用。正如卢梭所认为的,在政治法、民法、刑法这三种法律之外,还要加上一个最重要的第四种,“这种法律既不是铭刻在大理石上,也不是铭刻在铜表上,而是铭刻在公民们的内心里;它形成了国家的真正宪法;它每天都在获得新的力量;当其他的法律衰老或消亡的时候,它可以复活那些法律或代替那些法律,它可以保持一个民族的创制精神,而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量。我说的就是风尚、习俗,而尤其是舆论;这个方面是我们的政治家所不认识的,但是其他一切方面的成功都是系于此。”^{〔1〕}卢梭在这里所说的风尚、习俗、舆论,其实就是法律文化的表现形式。文化之所以重要是因为它有力量的,之所以有力量是因为它并不表现为某种思想或理论,而是一个民族全体成员的集体无意识或集体意向。因此,研究法律问题,便不能仅仅停留在法律自身,而应当跳出法律,即所谓“求本真于法外”。而尤其重要的是对于法律的文化背景、文化意蕴的研究。

文化作为人的本质、类的特性,是与人联系在一起的一种独特存在或社会现象。恩格斯曾说,文化上的每一个进步,都意味着人类社会向自由迈进

〔1〕〔法〕卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 1980 年版,第 73 页。

了一步。^{〔2〕}因此,对于人类社会现象,包括法律现象的研究,便不可脱离文化这一大背景,而应将其放置在文化的视野或语境之下加以认识。

从某种意义上讲,文化是一种生活方式,是人与人相互之间形成社会关系的一种模式,实现人与人交往过程中的共存是文化的功能。而人类要实现共存,既涉及社会价值观的问题,也涉及生活实践的问题。价值观与社会实践的统一是营造一个正义社会的基本前提条件,而文化就是价值观与生活实践相统一的桥梁,因此要实现正义社会,就离不开文化的统率作用。而在实现正义社会的各种文化因素中,法律是最为重要的文化因素。

作为一种文化现象的法律,法律文化是文化整体中的一个部分,法律文化和文化是部分和整体的关系。整体的性质决定部分的性质,具有某种性质的文化结构体系决定着法律文化的性质,有何种文化模式就有何种法律文化。文化是一内在的普遍意义系统或“意义之网”,法律文化是这一“意义之网”的显现和具体化。正是因为法律与文化呈现为这样一种关系,因此研究法律,就应将其看做一种文化现象,置于文化的大视野之中。而在现代社会,研究现代社会的法律问题,则需要在现代文化的视域之下来进行。

文化的核心是价值,现代文化与传统文化的不同从根本上来讲,是其文化价值取向上的不同。笔者认为现代文化与传统文化的区别在于:传统文化是以群体和非理性为本位和核心的,而现代文化是以个人和理性及其结合为本位和核心的。传统文化以维护群体利益为目的,这种群体往往是马克思所批判的“虚假的集体”,更有甚者则将此“虚假的集体”人格化为最高统治者个人。因此,作为文化一部分的法律文化和法律制度,在为文化的本位即群体服务时,便转化为最高统治者个人服务,于是,权大于法、法乃帝王之具的局面就势所必然地出现了。因此,在传统文化基础上不可能产生现代法律文化和法律制度,只能产生传统法律制度和法律文化。在我国,要真正实现依法治国,建立现代法治国家,构建现代法律制度,就必须以现代文化及其法律文化为前提和基础。这个现代文化的基础,在笔者看来就是以个人和理性为本位的文化。现代法律文化和法律制度不过是这一文化在法律领域的对象化和具体化而已。现代法律文化中的价值诉求、基本原则、制度规范等,从归根结底的意义上讲,都源自个人和理性这个文化内核或价值

〔2〕 参见《马克思恩格斯选集》(第3卷),人民出版社1972年版,第153~154页。

基点,否则,现代法律文化和法律制度无从理解、无以建立。

在法律文化体系中,私法文化显得尤为重要,因为私法文化最能体现生存与生活的真谛。英国法制史学家梅因曾指出:民法文化是现代法律文化的典范,民法与刑法规则的比例反映出了一个社会的现代化与文明化程度。法国著名比较法学家勒内·达维德也认为,民法是法学的主要基础,各个部门法都是从民法的原则出发而发展起来的。^{〔3〕}民法和商法同为私法,是市民社会的法,是调整市场经济关系的基本法,其制度体系涉及对社会成员基本的人身权益和财产权益的确认和保护,涉及对于市场交易的基本规则和秩序的确立和维护,涉及民主政治和法治国家建立的基础问题。因此,关注我国的现代法治建设,研究现代法律和法律文化,就应尤其重视对于私法文化的研究。现代私法文化是对现代法律文化的精神的集中体现,其功能表现在对个体人格及其行为的自由与权利的保障,其价值取向表现为既注重个人自由,又兼顾社会正义。可以说,现代文化的真谛蕴含在私法之中,私法与现代文化的价值意蕴最为契合。

我国传统社会由于自然经济占主导地位、政治上推行集权专制,以及轻视私人利益和权利的观念等原因,形成了与现代文化的价值追求判然有别、大异其趣的文化传统。在这样的文化土壤之中,不可能生长出与现代文化的诉求相契合的现代法律文化,更不可能形成以张扬个人自由为根本价值,以确认和维护私权为基本目标的现代私法文化。在这样的传统文化基础之上,要建立现代文化和现代法律文化几乎是不可能的。只有在反思、检讨和扬弃传统文化,借鉴、吸收现代文化和法律文化的精神实质、价值内核的基础上才有可能培育和建立现代文化和现代法律文化。而在这一过程中,对现代私法文化的研究与借鉴则显得最为重要。因为如前所述,私法是整个法律的基础,私法文化也是整个法律文化的基础。这不仅是由于私法在整个社会的规范体系中居于基础地位,对于社会关系发挥着基本调整作用,更由于现代私法及其文化中所蕴含的价值取向和根本精神本身就构成了现代法律及其文化的基础,而且其与整体的现代文化的价值诉求也是相契合的。因此,研究现代私法文化,其实在很大程度上也就是对现代法律文化的基础的研究,而贯穿其中的根本精神依然是现代文化的精神。

〔3〕〔法〕勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第25页。

当今我国,随着社会主义市场经济体制的逐步建立、民主政治的推行和法治建设的深入,对现代法律制度与法律文化的关注和重视前所未有。与之相应,私法即民商事法律制度体系的建立也日益受到重视,我国迎来了民商事立法的繁荣时期。围绕各种民商事法律制度的构建,尤其是我国民法典的编纂,立法和司法机关、法学界以及社会各界均表达出了良好的愿望,但同时亦呈现出诸多的观点分歧。分歧的缘由自有多种,其中最为根本者,则在于对我国私法制度的文化意蕴、价值取向未必形成一致的观念态度。当一种法律制度的建立缺乏相应的文化价值观念作为导向和支持时,就会陷入迷茫;对制度本身的评价也会失去价值尺度。对中国这样一个缺乏近现代意义的法律文化传统,尤其是私法文化传统的国家而言更是如此。因此,对私法文化价值的研究就更具有根本性意义。

但是,我们在我国民商法学界甚至在整个法学界看到的却是另外一种景象:学者们的研究更多关注的是制度、规则,而少有关制度、规则后面的文化意蕴和价值理念的。法律究竟要体现什么,要达到什么目的?法律的文化内涵应当是什么,通过法律的施行又要向社会传达什么样的文化信息?如何发挥法律的引导和教育功能,培育社会大众的现代文化观念?等等,对于这些带有根本性的问题,除了法理学外,在部门法的研究中则较少有人关注。这样就造成了部门法学研究中的就制度谈制度、就规则谈规则的僵硬局面。就法学研究中盛行的比较法研究方法而言,也停留在制度和规则层面,鲜有人去揭示制度和规则后面的法律精神,所谓比较大体上是一种缺乏文化价值尺度的比较。人类社会发展到现代社会的文化和文明成果,少有法学研究者去关注;哲学和社会科学研究的成果未必能进入法学研究者的视野,成为法学理论的思想养料,进而也很难为法律制度所吸收。法学研究的这种状况,不仅制约着法学理论,特别是部门法理论的研究水平,而且势必会对我国法律制度的构建,尤其对现代法律制度的构建造成不利影响。

私法的源头在罗马法。据有学者考证,古罗马私法在形成时期就深受古希腊哲学的影响。私法在其后的发展过程中,总是紧随人类文化与文明发展步伐,反映时代精神的。作为资本主义社会第一部民法典的《法国民法典》就是例证,它充分反映了资产阶级革命的思想成果,将平等、自由、权利等观念形态的东西以法律制度的形式予以确认,进而加以维护。可以说,站在历史的角度看,从启蒙运动到工业革命,西方社会的每一次进步,不仅是观念的、政治的、经济的进步,而且是法律的进步。因为这种进步、发展

所带来的时代精神、文化价值观念已融入到法律制度之中,或者塑造了某一时代的法律,赋予法律以时代性。从另一个角度看,被赋予时代精神的法律,又以国家法律制度的形式确定了这种时代精神,使时代精神转化为一种法律制度,并通过该法律制度及其施行而教育人、引导人,规范人的行为,调整社会关系,维护社会秩序,进而推动社会的进步。而反观我国,传统社会的状况已如上述,我们未曾经历过西方社会的文化改革和观念革命的历程,私法所应当包涵的价值意蕴在我们的传统中难觅踪迹。在这样一种文化背景之下,如果再置现代私法文化于不顾,在我国传统文化的土壤之上要建立起现代私法制度体系,似乎有些勉为其难。即便是通过移植、借鉴的方式建立了,也是缺乏灵魂的。

因此,在笔者看来,我国民商法学界存在着的较少有人关注和研究私法文化现象应当改变。毕竟我们的国家没有经历过西方国家那样的文化演进史,私法以及现代私法文化的价值理念在西方社会已经成为一种观念上的确信,法律要做的只是以制度的形式对这些价值理念予以确立和保障;毕竟我们的传统文化以及法律文化土壤中不可能生长出现代私法文化,我们的私法制度主要依赖于对西方的借鉴和移植。那么,我们的私法研究就不能仅仅停留在制度层面,而忽视支撑这些制度,使这些制度能够得以建立的文化价值和精神理念。否则,我们的法律制度就会因为缺乏灵魂而缺乏生机和活力。

正是基于上述共识,西北政法大学民商法学科和哲学、文化学学科的一些学者才走到一起,成立了私法文化与法典化研究所,共同致力于私法文化的研究。当然,我们的研究只是初步的、尝试性的,还谈不上理论上的周全和深入,有许多可诟病之处。但是,我们还是觉得有必要将我们的这些不成熟的研究成果予以出版,以期获得同仁们的批评、指正,以使我们的研究趋于深入和成熟。

李少伟

2013年2月27日于古都西安

目 录

私法文化与人学

也说自然人充当民事主体的立法称谓

——对中国现行民法善化的哲学思考

..... 高在敏 薛卫平(3)

私人本质的外在展现及自我实现

——关于民法价值及逻辑体系的法哲学诠释(上)

..... 赵俊劳(26)

正义规范的优先性及其人本价值意蕴

..... 刘进田(89)

私法文化之人学根据

西方法治文化价值的哲学观念内核

..... 刘进田(103)

现代私法文化价值与中国民法典价值基准的确立

..... 李少伟(117)

个人自由价值实现的两种异质方式:权利与超越权利

——马克思关于犹太人问题理论中的法哲学思想

..... 刘进田(168)

主义之争与中国的法治建设

——中国民法典制定的政治文化环境

..... 马治选(180)

私法文化精神培育的紧迫性研究

——以反思三大知识产权法草案赔偿规则修改为戒

..... 朱启莉(213)

家事立法与伦理价值

——以《婚姻法》解释(三)为视角

..... 张 伟(221)

私法文化之历史嬗变

追寻法律的源头

——埃利希法律社会学思想解读

..... 叶名怡(243)

西欧中世纪人格秩序与近代大陆法系伦理法律人格

..... 张 翔(260)

中国先秦土地制度及土地文化纵论

..... 袁 震(279)

私法文化之制度实现

论土地所有权的社会功能

..... 付颖哲(295)

公司社会责任及其实现的二元机制

..... 王延川(311)

商事登记法律效力内涵之辨析

..... 马 宁(354)

私法文化与人学

也说自然人充当民事主体的立法称谓

——对中国现行民法善化的哲学思考

高在敏 薛卫平*

自然人充当民事主体,之所以会呈现出最为标准、最为规范、最为本份以及最为本真之意义,在于一方面,即在所谓的民事主体及至法律主体中,不仅惟有自然人是天生性质的,而且,“天地之间人为贵”一说中的“人”,也是以自然人为之严格限定的;另一方面,又即充当自然人一语之所指的,无非是基于自然之造化才得以出生的人,遂之使该一用语自始便是否定奴隶制的思想武器。缘于此故,在近代以来纷纷面世的诸多民法典中,关于自然人充当民事主体的立法称谓,才以自然人一语而为常见。但是,作为《民法通则》第二章特别是其第一节的内容,虽然系自然人充当民事主体最为一般的规定,然成为该章之冠名的却又是“公民(自然人)”之措辞。不言而喻,如果说一个自然人因为犯罪而被处以剥夺政治权利的刑罚,那么所剥夺的,到底应当是惟有公民才能够享有的政治权利,抑或是只有市民即民事主体方可享有的民事权利,在直接面对《民法通则》第二章的冠名时,无从不有此一问题之接踵而至。这便足以表明,作为《民法通则》第二章的冠名,事实地不仅是一种或信马由缰或信口开河式的自话自说,而且,还是绝对有悖于法律科学最为基本之常识的。因为简单说来,关于自然人充当民事主体的立法称谓,逻辑必然地只能以自然人一语为选择。当然,构成此一结论之依据的,客观上至少又有以下诸项。

—

人是主体而物系客体,不仅源出于“人与物之辨析”,而且,还是一项特

* 高在敏,1954年出生,西北政法大学民商法学院教授;薛卫平,1957年出生,西北政法大学民商法学院教师。

别重大的文化哲学命题^[1]。正是以人之务必成为法律主体作为初衷,始有自然人、国民、市民以及公民四个法律用语的产生。然仅基于此四个用语彼此之间的法理逻辑排序,便知自然人充当民事主体的立法称谓,只能以自然人一语为选择。

第一,一方面,即言及于“人与物之辨析”,客观上不仅是一项极为古老的话题,而且,还是以人系主体以及物系客体而为最终结论的;另一方面,又即涉及法的功能与效用,当然在于其能够最大限度地保障人类社会生活,既不失之于秩序又不缺乏于正义。这便清楚表明,能够将人系主体的文化哲学命题,以下贯的方式而转化为人系法律主体此一完全属于政治哲学命题之动力的,毋庸置疑地集中于人需要过上秩序与正义的生活而务必成为法律主体。

其一,言及“人与物之辨析”,特别是“人是万物的价值尺度”之成为哲人睿语,事实地均系古希腊哲学的固有内容^[2]。故关于此等话题之极为古老,以及其见解之至为独到,显然是用不着赘言的。但是,有必要特别予以密切关注的是,构成人系主体之根据的,在于人的存在自始便呈现出“现象”意义与“本体”意义的区分^[3]。“现象”意义者,即人有主动支配性以及物只有受动被支配性。而“本体”意义者,则在于“人是宇宙的终极性本体。”^[4]这便是“个人是世界的本体,物是世界的基础,即‘人本物基论’”之谓也^[5],并因此在人类的发展史上,才会有“以人为本”作为一种名副其实的先进文化,对于“以物为本”及“以神为本”二者的最终胜利与取代。质言之,关于“以人为本”,非以每一个在世的自然人为之“本体”则莫属矣。

其二,纯系社会生活基本常识地是,一个人的一生,除了拥有个体生活

[1] 文化哲学即通常意义的哲学,然构成文化哲学之使命的,正是统辖与统率自然哲学、政治哲学以及心性哲学,故有必要以文化哲学而谓之。

[2] 邓晓芒等著:《西方哲学史》,高等教育出版社2005年版,第31页。

[3] “现象”与“本体”,系德国古典哲学的奠基人康德之用语,意在表明人的“肉”与人的“灵”,是分别属于“经验”性质与“超验”性质之两个世界的。这种思想于古希腊的哲学之中便已有之,后又融入于基督教的教义之中,并形成“上帝之物当归上帝,恺撒之物当归恺撒”的说法。对此可参邓晓芒等著:《西方哲学史》,高等教育出版社2005年版,第19页;亦可参《新约·马太福音》。

[4] “人是宇宙的终极性本体”作为一项命题,是西北政法大学哲学教授刘进田先生提出来的。作为刘教授的本意,正是以此命题为据,来解决人的文化哲学定位问题。

[5] 刘进田著:《马克思主义哲学讲堂录》,陕西人民出版社2012年版,第264页。