

匡凯 著

民法科学性的 历史演进与现实回应



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民法科学性的 历史演进与现实回应

匡凯 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法科学性的历史演进与现实回应 / 匡凯著. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2696 - 6

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 212917 号

民法科学性的历史演进与现实回应
MINFA KEXUEXING DE LISHI YANJIN
YU XIANSHI HUIYING

匡 凯 著

责任编辑 陈 慧
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
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 李景美
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 A5
印张 11.375
字数 306 千
版本 2018 年 9 月第 1 版
印次 2018 年 9 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线

咨询电话

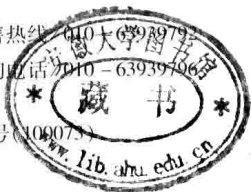
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995



书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2696 - 6

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

匡 凯

1985年生，湖南湘潭人。法学博士、社会学联合培养博士，中南大学法学院讲师。主要研究领域为民法学、法社会学。主持国家社科基金青年课题一项、湖南省社科重点课题一项，主持和参与其他课题若干项。在 *Law and Policy*、*European Journal of Criminal Policy and Research*、*Australian and New Zealand Journal of Criminology*、《法学家》、《环球法律评论》和《当代法学》等刊物上发表论文十余篇，参与译著两部。

序

匡凯是我指导的博士生。他在攻读博士学位之前,就已经在我的指导下对民法哲学问题和法学实证研究方法问题进行了一定程度的思考,博士生期间又赴美国高校社会学系接受了较为系统的训练,此后运用了几种具体的实证研究方法对法学的相关主题进行了研究并取得了一定的成果,体现出了较为敏捷的思维和较厚实的理论素养。这其中的法哲学基础即在于法的科学性。当他准备以“民法的科学性”为博士论文主题时,本人尤感欣慰。

当前我国民法典编纂工作正在如火如荼地展开,其本质是一个对现行民事法律规范进行科学整理的工作,是按照民法的科学逻辑性成为一个内在和谐体系的过程。通过编纂工作,修改现行不科学的规范,对已经不适应现实情况的规定进行修改完善,对经济社会生活中出现的新情况、新问题做出有针对性的新规定,构建一个科学的民法体系,对健全中国特色社会主义法律体系,实现科学立法、公正司法有十分重大的意义。也就是说,科学立法已经成为我国当今社会的普遍认识。但是很可惜,“科学性”论题虽然一直被提及,但是并没有得到较好的解决。因此,正确认识民法的科学性并加以良好的应用,无疑具有重要的现实性和学术前沿性。

法学是“技术之学”抑或是“艺术之学”?这个问题在理论界一直没有达成共识,学者们见仁见智,对这个问题的探讨也未形成真正意义上的交锋。当前讨论的法学是“社会科学”还是“人文科学”,甚至是法教义学和社科法学之争都可以视为这个问题的不同提法或者推理延伸。实际上这个争论的核心问题是法学学科属性的二元划

分,由于这种划分不是纯粹数学意义上的线的划分,定然存在边界上的交叉与模糊的问题,而这一点本身就体现着一种科学性的理念与认识的差异。匡凯的这部论著首先打破了学界在法学是“社会科学”还是“人文科学”这个认识上的前见,清晰地指出,科学性只是民法(法律)的一个属性,这并不排斥民法(法律)还有人文性。作者指出在“技术”和“艺术”之上,还存在一个统摄的“属性”概念,而它们是两个可以共存的属性。这个定位就很好地解释了前述力主两种观点的学者所提出的论据,同时也为法学打破学科桎梏,为其在中国的社会科学转型提供了对接点。而法教义学和实证法学也可以理解为法学自身的方法和其他学科解释法律问题的方法论之争。前者基于法律规范本身,以实定法规范和法律体系为基础,运用文意解释、体系解释、立法者解释和历史解释等各种法律解释的方法来达到在不更改法律的情况下填补漏洞和空白,解释法条冲突,最终解决问题。后者则是运用社会学、历史学和人类学等学科的方法来解决案件和解释制度。而从理论运用的视角看,则会发现前者是基于法学理论,后者则是其他学科知识的运用。它们则正好印证了该著作提出的“科学性”包含“自转规律”和“公转规律”两方面内容的定义。而这个结论也为当前问题导向型的研究热潮提供了坚实的理论基础,即研究不应局限于学科属性的争论,而应以问题解决为导向,借助开放性的知识和多元的方法来开展。

放眼我国,对于“科学性”一词,人们有天然的好感,以致它已经成为一个积极向上的“符号”。也即无论何者,只要冠上“科学”一词,便天然地获得了正当性、合理性和合法性。但是如果细究其内涵,却无人给出一个有说服力的答案。匡凯的这部论著首先对民法的“科学性”这个奠基性概念进行了阐释,破除了将“科学性”作为一个口号或标识的象征的局面,从语义上和历史等角度进行考察,确定了科学性的规律和体系两个表征,论述了规律的“自转规律”和“公转规律”、体系的“内在体系”和“外在体系”,并进一步阐明了这四个概念的源流和它们之间的关系;较好地运用马克思历史唯物观和沃

森的“镜子理论”说明了法律和民法是对经济基础的反映,民法的体系也是对社会体系、社会运行秩序的反映。民法乃至整个法律及其司法适用都应当符合规律和体系的要求。

在厘清了基本概念问题之后,这部论著以科学性为切入点,梳理了民法的发展。将民法科学性的历史演进划分为萌芽、发展、成熟和进一步发展几个阶段,分析了各阶段民法科学性的哲学基础,并结合时代背景论述了科学性发展状况的原因。这也是对自然法中的自然哲学、教会神学、理性主义科学哲学、牛顿“机械决定论”和分析哲学,以及后现代科学哲学对民法影响的一次梳理和论证。作为示例,论著也对土地制度,对法国民法典、德国民法典,对解法典和再法典化的内容进行了较为全面的讨论。这些论述,表现了作者具有良好的理论功底和对材料的把握能力,并体现了视野的独特和论证的娴熟。而且,作者对这些问题的探讨,能够帮助我们对民法典编纂时期所秉持的立场有更加深刻的认识,也有利于厘清当前学界对法学的学科归属和法学自身的定位。

严格来说,一篇好的博士论文除了内容要创新,在研究方法上也要有所突破。匡凯这部论著除了运用历史分析的方法和比较分析法之外,还运用了历史社会学方法。在深度挖掘了科学性表征背后所影响的哲学基础、社会政治背景后,论著采用历史社会学的方法对制度的变迁及其背后的机理进行了宏观描述,将民法制度纳入时代的宏观背景中加以考察分析,较好地阐明了一个时代的政治、经济和文化等因素与民法制度之间的关系,使论著的观点更有说服力。

匡凯的博士论文初稿完成较早,但却不是令人十分满意,缺点主要在于论述过于抽象,给人一种高高在上的感觉,没有落实到细微处。这可能也是法理类或者理论型论文普遍存在的通病。不过,在我看来,博士论文要有理论深度,就势必具有一定的抽象性,诚然,论文必须要能解决具体的问题,要结合理论解释现实中的具体例子,或者结合社会中的具体事例阐述说明自己的理论学说,唯其如此,才会使论文的理论在现实中有用武之地,文章才会显得丰满。

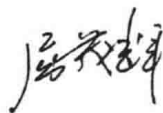
4 序

需要特别指出的是,法的科学性是一个重要的法哲学课题,绝不是一篇博士论文所能毕其功于一役的。匡凯的论著虽然对科学性和民法的科学性进行了阐释和论证,但是对于科学性的这种规律和体系维度的总结是否到位?将科学性和人文性界定为是法学的属性是否恰当?这些都可供学界诸君商榷。

特向大家推荐这一论著。

是为序。

湖南大学法学院院长、教授、博士生导师



2018年7月6日

目 录

第1章 绪论	(1)
1.1 选题背景与意义	(1)
1.2 国内外研究现状	(8)
1.2.1 国外文献综述	(8)
1.2.2 国内文献综述	(29)
1.3 本书研究对象与思路	(44)
第2章 科学性与民法的科学性	(52)
2.1 科学性概念的厘定:研究的逻辑起点	(52)
2.1.1 科学性的语源	(53)
2.1.2 科学性的含义	(55)
2.1.3 科学性的表征	(71)
2.2 民法的科学性之界定	(80)
2.2.1 民法的科学性之含义	(84)
2.2.2 民法科学性的表征	(94)
2.3 民法的科学性之证成	(105)
2.3.1 科学性是民法作为上层建筑本质的要求	(105)
2.3.2 科学性是民法作为规则体系的要求	(116)
第3章 民法科学性的历史演进	(129)
3.1 引说	(129)
3.2 科学性的萌芽期:古代民法	(132)

2 目 录

3.2.1 古代民法的科学性之表现	(132)
3.2.2 古代民法的科学性之论评	(147)
3.3 科学性的成长期:中世纪民法	(157)
3.3.1 中世纪民法的科学性之表现	(157)
3.3.2 中世纪民法的科学性之论评	(169)
3.4 科学性的成熟期:近代民法	(180)
3.4.1 近代民法的科学性之表现	(180)
3.4.2 近代民法的科学性之论评	(190)
3.5 科学性的进一步发展期:现代民法	(214)
3.5.1 现代民法的科学性之表现	(214)
3.5.2 现代民法的科学性之论评	(232)
3.6 小结	(243)
第4章 中国民法科学性的现实回应	(249)
4.1 中国近代民法对科学性的回应	(249)
4.2 当前中国民法科学性中存在的主要问题及其原因	(261)
4.2.1 立法层面存在的主要问题及原因分析	(263)
4.2.2 司法层面存在的主要问题及原因分析	(284)
4.3 中国提升民法科学性之途径	(292)
4.3.1 民法典编纂的科学性保障	(293)
4.3.2 以公正司法保障民法的科学性	(317)
结 论	(327)
参考文献	(333)
后 记	(355)

第1章 绪 论

1.1 选题背景与意义

人类社会的发展至今,已经处在一个高度文明的阶段。在人们所创造的璀璨文明当中,法律无疑是其中一颗耀眼的明珠。民法作为平等主体交往的行为规范之一,其所扮演的角色无可替代。民法具有的稳定性和生命力已经不能简单地归结为“有国家强制力保障实施”。^{〔1〕} 本书认为,民法之所以有如此伟力,盖因其具备一种内在的品格或属性,即民法的科学性。

但实际上,人们的这种认识并不充分,甚至有时候缺乏必要的认识,而这就成为本书需要着重解决的内容。具体而言,本书面对的问题有以下几者。

第一,什么是民法的科学性,民法科学性的构成是什么。这是我们展开的基础,而这对于这个问题,我们又发现其中包括了几个相关的子问题。

其一,科学性是什么? 民法的科学性是立足于科学性的界定和

〔1〕 例如,近代法国宪法发生多次变更,甚至出现了一些颠覆性的改变,然而《法国民法典》却自创立至今仍然在适用之中。

认识之上的,然而我们发现,虽然有很多文献都使用了“科学性”这个词,^[2]虽然不同时代、不同领域的人在讨论法律、民法或相关问题的时候都标榜或者宣称自己创立了、获得了科学性的规范和规范体系,但是此语境下的“科学性”究竟是什么,究竟意味着什么,却未曾得到较好的回答。逻辑起点界定不明就使人们往往对此概念只有一个大概或片面的理解和印象。而在实践中,立法和司法由于缺乏具体的“指标”,也难以满足和达到“科学性”的要求。但是人们既然认可了“科学性”,那么这也就意味着对这个词必然会有一个共识,对这个词的中心含义,词的“硬核”内容必然形成了统一的观点。那么我们首先要解决的就是这个问题。

其二,民法的科学性是什么?虽然现在人们已经逐渐接受了民法的科学性、民法科学和法律科学等相关概念,但是实际上人们并未对这种观点达成共识,由此也会影响其的被接受程度。19世纪,冯·基尔希曼就对法律的科学性提出了质疑,科学意味着永恒、不变和稳定,而法律由于处于不断变动之中,故难以被称为是科学的。而法律当中的非理性因素、法律的人文性,以及法律在具体运用中出现的诸多问题,在某种程度上都是对民法科学性和法律科学性理解的挑战。

此外,如果将“科学性”理解为“属性”或“基本属性”,那么民法的科学性就意味着“科学性是民法的基本属性”这样的命题,这也就意味着凡是民法就应当具备科学性的这种属性和特征。然而在实践中,不科学的法律比比皆是,那么这种情况下我们又如何来理解“科学性民法的基本属性”这个命题?纵观历史,我们发现世界上曾

[2] 在中国知网上,我们先在“全文”中搜索“民法的科学”,仅有一篇《人格权制度在中国民法典中的地位》(王利明,《法学研究》2003年第3期),但是如果搜索“法律的科学性”,截至2014年12月24日,发现有63万余篇文章中使用了这个词,但是通过观察,几乎没有人对这个问题进行过系统的讨论。而且我们发现,某些学者讨论或者争论“法学的科学性”问题时涉及“法律的科学性”问题,而民法作为“法律”这个属概念下的一个种概念,作为法律的代表(后文将会论述原因),也会有这方面的问题。

经存在过两种较为极端的情况。一种是民法基本上都被忽视,民法成为经济法的附庸。在中华人民共和国成立初期,国家处于计划经济时代,缺乏市场经济存在的空间,民法鲜有存在的必要。个人私有财产被视为“资本主义的尾巴”,社会上几乎没有平等主体之间的经济交往,而这所带来的消极影响也是有目共睹的。另一种则是对人们的交往予以严格管制。德国纳粹党执政后,开启了一个“法律革新”运动,其主要的目标是要抛弃19世纪《德国民法典》中严守法典逻辑、脱离社会生活和法教义学的情形和观念,依据德意志民族社会主义的精神来制定新法典,从而达到重塑民众日常生活的目的。^{〔3〕}新法典试图通过“民族构成人员”的这个概念,将个人纳入团体中,从而实现对人个体的管制和自由的剥夺。这剥夺了市民与市民社会的理念。与第一种情况相比,后者则显得“民法”“管得太多”。^{〔4〕}这种灾难的逻辑更加隐晦:人人都在“守法”,所有的人都自觉遵守着“主权者的命令”,自认为是处于“法治”的状态之下,而实际上这不过是一种法治的“楚门世界”。它在基本理念上已经剥夺了民法赖以存在的自由和平等原则,以所谓的严格守法来剥夺人们的自由。面对这种状况,甚至连凯尔森也无可奈何地认为:“从法律科学的角度来看,纳粹统治之下的法律(Recht)也是法律。我们虽说可以对这样一种状况表示遗憾,但是我们却不能因此而否认它是法律。”^{〔5〕}在这种情况下,又如何来理解“民法的科学性”?

其三,民法的科学性包括了哪些内容,其构成是什么?我们发现,从构成上来说,对民法科学性的理解是有不足的,这造成了对“民法科学性”的误解。从当前对民法科学性的理解来看,很多学者都将之理解为逻辑性强的“体系”。而体系也因其具备形式理性而被视为

〔3〕 朱庆育:《法典理性与民法总则》,载《中外法学》2010年第4期。

〔4〕 広渡清吾「市民社会論の法律学の射程」社会科学研究60号(2009)9頁。

〔5〕 [奥]凯尔森:《法与国家的一般原理》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第126页。

法律科学和民法科学的代表,这种源自概念法学的理念经由《德国民法典》而流传和得到承认。对于法律自身而言,体系意味着一种状态,一种理想世界的终局产物。这个产物赋予自己理性和认同,以凸显其独立性和排他性特征。然而,理想是丰满的,而现实是残酷的:法律凭借其独有的方法较大程度上实现了体系的独立性。但是一方面,体系并未如同它所预设的一般达到了“齿轮般契合”的状态,相反,内部概念、规则和原则上的冲突屡见不鲜,导致法律对外宣称的形式理性成为水中月,民法自身由于并未达到其所承诺的系统化水平,反而使其科学性备受质疑。

另一方面,这种理解使体系和民法的内容出现了分离。体系以其具备形式理性使民法成为一个可以依靠概念和逻辑进行构建的“个体”,在立法和司法当中,遵循这种“体系”意义下的“科学性”使人们更多地关注于逻辑构建和逻辑证成,“所有的实证主义者均抱持下面这种关于法律是什么的理解,即实在法是一种通过科学证成或者至少合理化的意志表达”,^[6]反而忽略了民法实质上的“正义”,显然这不是我们所愿意看到的,同样也不应当是“民法科学性”的本意所指。

从“科学性”所蕴含的本义来说,不变和稳定所指向的实际上是事物背后的规律,故而体系与规律都应当是民法科学性的构成。此外,民法作为平等主体间定分止争的重要手段,作为人们行为引导的重要依据,也必将关注于微观和宏观两个层面。在微观上,民法需要结合民法法理,并顾及案件所处的社会环境来考察个案正义;在宏观上,它要处理好稳定性与灵活性之间的关系,民法的变迁需要适应经济的发展,同样也要受到社会风俗、政治等因素的影响。民法科学性的考察同样也要对这两种规律予以关照。这至少说明了体系并非“科学性”构成的唯一因素。

[6] [美]罗杰·伯科威茨:《科学的馈赠》,田夫、徐丽丽译,法律出版社2011年版,第6页。

在我们看来,科学性作为民法的基本属性之一,意味着民法的科学性与民法的价值和目的是紧密相连的,也不应当存在所谓的“证成”与“正义”的二选一。那么为什么会对民法的科学性出现偏颇性的理解?我们认为这是未能对民法科学性全面理解的表现。要全面理解民法的科学性,则需要从其构成入手,而我们也会针对这个问题在文中予以论述。

此外,研究民法这一典型法律,在一定意义上也为“科学性”在法律当中的运用树立了典范,同时也可以为“科学性”达成共识提供认识上的基础。

第二,民法的科学性意味着但凡是民法便会具有科学的属性,我们能够从历史中获得什么样的经验?这个问题也只能通过纵向的历史考察才能发现。社会环境和历史发展阶段表明,人类的生活以及行为本身都是具有运行向度〔7〕和规律负载的,即我们的行动本身应当具有功能性和目的性指向,社会亦然。具体来说,个人是在追求自己的幸福,“人类是在追求最大的幸福”,民法作为社会发展的产物,则需要以“自然”〔8〕的视角来看待人的幸福,应当对主体的这种追求自由与幸福的要求予以回应和维护。而作为承载这种幸福的民法,其作为“一个自创生系统”(贡塔·托依布纳语),其发展也是具有一定的向度的,〔9〕那么它是如何表现的?

此外,民法虽然具有较强的稳定性,但是这并不意味着它自创立以来就是一成不变的,它也要较好地反映人类社会的需要。因为“法律与每个人息息相关,它与我们同在,从摇篮到坟墓,它是指引着我

〔7〕 这里所指的运行向度并不意味着我们对社会和历史完全采取“线形发展观点”,因为绽放式的历史观同样也认为事物具有发展维度,只是其起止、路径难以被考察或者考据。

〔8〕 所谓的自然是指“从自身自由地将自己作为自然释放出来”的“天性”,这源于“自然界是由自在自为的理念外化而来的”观念。这也就是指法律需要反映人的要求,需要反映社会的要求。参见邓晓芒:《康德〈纯粹理性批判〉句读》(上),人民出版社2010年版,第95~97页。

〔9〕 当然我们并不否认在一定时期内的非线性发展。

们通往目的地的途径,即使在我们已与绝大多数灵魂汇合之后,也是由法律决定着,对所留遗产可以作怎么样的处置”。^[10]一方面,民法是人们对秩序遵守的产物,是平等主体之间交往的规则。实证的民法只是将这种规则表述出来,只是将这种规则系统化而已。在这个秩序当中,人们相信民法能够保障他们的意志自由,能够保障他们在交往和交流当中的利益,能够为他们提供较好的纠纷解决途径,这可以看成是民法中不变的和稳定的部分。另一方面,社会不断在进步,人们的交往方式不断发生变化,民法同样也不断地焕发出生命力,尤其是在进入 21 世纪之后,在全球化浪潮、经济快速发展、科学技术日新月异的背景下,民法这个古老的规范手段不但没有萎缩,反而有了更广阔的适用空间,权利的内容也在不断地扩张,如其调整客体从原来单纯的有体物扩展到了无体物。这就说明民法本身也是与社会发展规律、经济运行规律和其他规律相呼应的,它也需要遵循某种统一的规律。这种变化和要求给整个民法体系带来了新的课题,例如,知识产权法、消费者保护法、商法和劳动法是否应当纳入民法典?虚拟财产的定位、计算和保护等问题都掀起了讨论的热潮。

这些问题是在近代“科学”提出之后才被人所重视,而几乎在同时,民法和法律也才被冠以科学之名,这背后是否有隐藏的联系?任何事物的出现和成熟都不是一蹴而就的,它们必然经历了萌芽和成长的阶段,然后才会以成熟的形态出现,民法的科学性亦然。我们则是以“科学性”作为评判的标准。这说明,一方面,“科学性”本身就是民法的一个基本属性,即但凡民法便具备这种特质,科学性并不存在有无之别。但另一方面,科学性又确实存在高低之分。我们通过对历史的考察来发现其背后的进程,同时也为当下提供历史的经验。

[10] [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社 1998 年版,第 2 页。

第三,当下中国的现实应当如何回应民法的科学性?当今中国民法典的编纂工作正在如火如荼地展开,而这一次民法典的编纂工作条件较前几次已经成熟很多,如何在现有民事法律基础上编纂民法典,如何将现有的重要民事法律体系化,通过科学立法的方式创立一部科学的民法典是当前亟待解决的问题。对民法科学性的讨论契合了当下民法典的编纂工作,为其提供了理论支持和理论保障。

民法的科学性除了可以实现立法目的之外,在司法上也大有作为。当前司法中出现了执行难、判决不统一和当事人报复法官等问题,其重要原因就在于,当事人双方、法官以及其他人员(如律师)之间并未对判决达成“共识”,即没有对裁判结果和说理内容达成“共识”。法官解释法律时,也没有遵循一定的方法,任意性较大。而民法的科学性目的之一就在于提供这样一种“共识”,通过科学的方法排除主观和价值上的影响,通过法律论证的方法来达成“共识”,以此实现其在司法中的科学性。

可以印证的是,十八届四中全会报告《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中就明确提出“深入推进科学立法”。而在习近平同志《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》中关于“科学立法”的解释是“科学立法的核心在于尊重和体现客观规律……明确立法权力边界,^[11]从体制机制和工作程序上有效防止部门利益和地方保护主义法律化”。同样,张德江同志在《完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系》中也明确指出“科学立法的核心,在于立法要尊重和体现客观规律……科学立法……简洁明了地回答了新形势下我们‘立什么样的法……’这一重

[11] “明确立法权力边界,从体制机制和工作程序上有效防止部门利益和地方保护主义法律化。”这同样也是民主立法的要求,但是本书并不讨论立法的民主性问题,所以在正文中不作重点讨论。参见习近平:《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》,载书籍编写组:《党的十八届四中全会〈决定〉学习辅导百问》,党建读物出版社、学习出版社2014年版,第41页。