

从近代民法到现代民法

——梁慧星先生主编之

中国大陆法学思潮集

中国法制出版社
金桥文化出版社(香港)有限公司

从近代以来 洋风到现代 洋风到现代

——晚清以来中国设计

中国美术学院美术考级教材

中国美术学院美术考级教材
中国美术学院美术考级教材

从近代民法到现代民法

主 编 梁慧星

责任编辑 李仕春

图书在版编目(CIP)数据

从近代民法到现代民法/梁慧星主编.

—北京:中国法制出版社,2000.9

ISBN 7—80083—735—1

I. 从… II. 梁… III. ①民法-研究-中国-近代~现代

②合同法-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 70754 号

从近代民法到现代民法

——梁慧星先生主编之中国大陆法学思潮集

CONG JINDAIMINFA DAO XIANDAIMINFA

主编/梁慧星

策划/汪家靖

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850×1168毫米 32

印张/13 字数/320千

版次/2000年10月北京第1版

2000年10月北京第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7—80083—735—1/D·702

(北京西单横二条2号 邮政编码100031) 定价:24.00元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

目 录

原始回归，真的可能吗？

——读《权利相对论——权利和（或）义务价值

模式的历史建构及现代选择》一文的思考…… 梁慧星（1）

法律互异与冲突：文化因素透视…………… 李金泽（28）

广义综合契约论

——寻找丢失的秩序…………… 江 山（76）

论公、私法二元结构与中国市场经济…………… 刘 楠（109）

从近代民法到现代民法法学思潮

——20世纪民法回顾…………… 梁慧星（164）

中国统一合同法的起草…………… 梁慧星（192）

关于中国统一合同法草案第三稿…………… 梁慧星（224）

中华人民共和国合同法（建议草案）……………（240）

中华人民共和国民法典大纲（建议草案）……………（345）

制定中国物权法的若干问题…………… 梁慧星（378）

原始回归,真的可能吗?

——读《权利相对论——权利和(或)义务价值模式的历史建构及现代选择》一文的思考

梁慧星

目 次

- 一、原始回归,这是可能的吗?
- 二、如何看待以狄骥为极端代表的社会权利思想
- 三、如何看待我国改革开放前的“权利义务价值模式”
- 四、评所谓“我国已经和正在建构权利和义务并重的价值模式”
- 五、结束语

《比较法研究》杂志1994年第三、四期合刊,刊载了中国社会科学院法学研究所研究员陈云生先生的一篇长文:《权利相对论——权利和义务价值模式的历史建构及现代选择》(以下简称《陈文》)。仅从论文的题目看,就足以引起读者阅读的兴趣。笔者在反复阅读之后,觉得有若干不解的疑问,现在冒昧写出来,以求教于作者及学界同仁。

• 梁慧星主编:《民商法论丛》,第4卷,法律出版社出版。

一、原始回归，这是可能的吗？

首先让我们来看《陈文》作者在全文结尾所得出的结论，亦即作者在反思人类几千年权利义务发展史的是是非非之后，就权利和义务价值模式所作出的“现代选择”。这个选择就是：“权利和义务价值模式的返朴归真和原始回归”。

作者告诉我们，在人类的童年，在人类的权利和义务的价值体系和价值意识还处在朦胧的、混沌的状态，甚至还不知道什么是权利和义务的时代，“人类的权利和义务关系就被习俗调整好了，而且调整得是那么自然！没有自我约束，没有权威的强迫命令，没有自责和惩罚，既无自我陶醉，又无外加的痛苦”，“那是多么令人羡慕！多么令人惊叹！多么令人遐想和向往！”从作者一连使用了三个惊叹号，足可体会到作者对人类童年时代，即原始社会的所谓“前权利义务价值模式”的无限向往之情。接下来是作者对人类几千年文明史的反省：“可是，自从人类长大成年以后，尽管有了健全的头脑和理智，还是把原本朴实无华、平淡自然的权利和义务关系搞得一蹋糊涂，斩不断，理还乱”。“人类自身，包括那么饱学的儒士和政治精英绞尽脑汁，挖空心思，总想把权利和义务关系之舟驾到宁静、平和、明媚的彼岸，但几千年的人类文明史总在跟他们过不去、开玩笑。权利和义务之舟总是在险山恶水的江河或沟汊纵横的湖海中转圈圈，找不到出路。”从这充满感伤的语言，就不难领会作者的心情的悲哀和悲观，与作者对原始社会蒙昧、混沌状态的一往情深，形成多么强烈的对照！作者进一步发挥道：“几千年的人类权利义务关系的文明史就这样陷入循环往复的悖论之中，令人一筹莫展。人们越是弘扬和渴望得到权利，越是要无休无止地被强制尽义务。人们越是弘扬和鼓励人们去尽对他人的义务，越是有人享尽无边的特权。人类几

千年的权利和义务发展史尽管创造出光辉的英雄业绩,但人类也为此付出了重大痛苦和牺牲的代价”。于是,作者采用设问的形式:“在人类向往原始、追求自然,以返朴归真为时尚的当代,难道人类不应当用更理智的头脑去反思几千年权利和义务发展史的是是非非,并重新认识和肯定人类童年混沌权利义务价值模式的内在价值吗?是否可能和必要以人类童年混沌的权利和义务价值模式的底蕴为价值坐标,去反思、整合,重构人类未来的权利和义务价值模式?”就这样托出了作者替人类所作的现代选择。但为了怕引起误解,天真的读者会误以为作者在劝人们去重过原始社会的物质生活,因此作者赶忙加以解释说:“当然,这不是让人类放弃现代文明的一切享受,去过车马不乘、舟楫不用、茹毛饮血、洞居穴处的原始生活,而是在更高级的社会和理想基础上实现返朴归真和原始回归,是要把权利和义务提升到似有却无,说无却有,你中有我,我中有你的超然境界!是在更高的理想反思、分析、评价、认识、了悟的基础上去实现个人和群体、社会各层次上的自我实现和自我超越!”在作了这番解释和点化之后,作者自己忍不住发自内心地赞美:“这是多么令人渴望和神往的美妙意境!”^①

请读者特别注意,作者现代选择的核心在于:“要把权利和义务提升到似有却无,说无却有,你中有我,我中有你的超然境界”。读到这里,笔者不禁要问作者:这种“似有却无,说无却有,你中有我,我中有你”的东西,真的可能存在吗?如果真的可能存在,这种如此玄妙不可言状的东西,还是法律上的权利义务吗?还能够作为人们的行为规范和裁判案件的准据吗?

请读者特别注意作者关于并不是要求人们放弃现代文明的一切享受的特别说明。于是,在实现作者所谓的“返朴归真和原始回归”之后,人们照样可以喝咖啡、饮美酒、乘洋车、住别墅、进

^① 《比较法研究》,1994年第3、4期合刊,第263页。

舞厅、唱卡拉OK!只是要求人们在尽情享受现代物质文明的一切成果,过高度文明的物质生活的同时,去过一种权利义务“似有却无,说无却有,你中有我,我中有你”的混沌难分、蒙昧迷离的法律生活。质言之,是要人们彻底放弃权利意识、权利感情、权利自觉,一句话,彻底放弃对作为人所应有的自由和权利的要求!

按照作者的现代选择,物质生活的高度现代文明与法律生活的高度蒙昧状态被和谐地结合起来了!这是一种“多么令人渴望和神往的美妙意境”!?一种多么令人渴望和神往的乌托邦?!一种多么天真烂漫的浪漫主义!?笔者,我想还有别的读者,情不自禁要问:这真的可能吗?!

二、如何看待以狄骥为极端 代表的社会权利思想

作者用以支撑自己的理论建构的主要支柱之一,是狄骥的社会连带主义学说。作者在“权利本位价值模式的历史建构及衰落”一节^①,花了相当大的篇幅介绍和评价狄骥的学说,不惜大段大段地引用狄骥《宪法论》,并不无赞美地强调说:“从中不难看出,狄骥对传统的自然权利说持何等鲜明的否定和批判态度”。在叙述自己的原始回归的结论之前,又用专门一节^②,评价“社会学法学具有法律关系评价的变革意义”。作者概括地描述了“由孔德——狄骥——庞德,由法律实证主义——社会连带主义——社会学法学这一带有相关性和连带性的新法律价值观的发展历程”,特别强调这一思想路线“在西方法哲学史上,无疑具有重大而深远的意义”。它表明:“个人权利的观念及其价值的倍受崇尚的光辉

① 《比较法研究》,1994年第3、4期合刊,第234—235页。

② 《比较法研究》,1994年第3、4期合刊,第262页。

时代差不多永远地结束了,个人权利的观念及其价值已经丧失了其至高无上的和不可动摇的地位”。^①

笔者注意到,作者对其他被用来支撑自己主张的思想,如儒家思想的义务本位,以及我国思想界权利与义务并重的评价态度,在肯定和褒扬的同时也没有忘记指出它们的偏颇或不足,而惟独对于“孔德——狄骥——庞德”这一思想路线,竟无一字稍涉贬义,作了全面的肯定评价。作者进一步指出:“社会学法学对于这种法律关系评价的变革所作出的特殊贡献,无疑值得肯定和赞评”。难道惟独这一种学说就那样完美无缺,放之四海而皆准吗?

让我们来看看作为作者所特别称道的狄骥的权利否定说。预先需要说明的是,狄骥对权利的攻击和否定,始终是以所有权尤其是土地所有权为目标的。狄骥于1911年8—9月间被邀在阿根廷的布宜诺斯艾利斯法学院就私法的普通原理进行了若干次讲演,回国后于1912年将讲演稿整理出版,题为《拿破仑法典以来私法的普遍变迁》。值得特别重视的是其中第一讲“主观法与社会职务”和第六讲“社会职务的所有权”。

在第一讲中,狄骥把攻击的矛头一下子就对准了自由权和所有权这两项最重要的权利。关于自由,狄骥说,在自由的近代概念内,“凡作为一个人都应完成一种社会职务,因此他有完成这种职务的社会义务”,“他有尽量发展个人的智德体三方面,借以最完善的完成这种职务的义务”。“但是人没有不动作的权利,而自己阻碍其个人的自由发展;他没有毫无动作而懒惰的权利。统治者可以干涉而使她工作。他们并且可以规定他的工作,因为统治者就是在迫使他完成他所应行完成之社会职务的义务”。^②

^① 《比较法研究》1994年第3、4期合刊,第262页。

^② 狄骥:《拿破仑法典以来私法的普遍变迁》,徐砥平译,会文堂新记书局,1937年版,第15页。

至于所有权，狄骥指出，在近代法律内，所有权已“不复为持有财富者对于财富享有之不可触摸而绝对的权利了”。“所有权不是一种权利，而作为一种社会职务。所有主，换言之就是财富的持有者，因持有该财富的事实，而有完成社会职务的义务。当他完成了这个职务，他的所有主之行为就被保护”。倘若他不完成这个职务，或则完成得不好，例如他任他房子崩坏，或不垦殖他的田地，统治者就将进行干涉，“强迫他完成所有主的社会职务”，以确保他所持有之财富依照它的用途加以利用。^①

在第六讲，狄骥集中阐发其否定所有权的思想。他指出，所有权是用以配适一种经济需要而成立的法律制度，他和其他各种法律制度一样必须随着经济需要的本身而演进。现在，所有权法律制度所应满足的经济需要已经有了深切的变化；因此，法律制度之所有权本身亦应改变。狄骥说，这种演进带有社会主义的色彩。它是被日益密切之各种社会要素的联带关系所支配和决定的。因此，狄骥指出：“所有权是社会化了”。这不是说它变成了集产主义下的集产，而是表明“个人的所有权”已经不复为个人的权利而变为一种“社会职务”了。^②

狄骥补充说，他的论述仅涉及经济学家所称之资本的所有权，而将性质不同的消费品的所有权暂置不论，因为在消费品的所有权方面，倘亦说它向社会主义的意义上演进，这是不准确的。同时，他所要讲的资本的所有权，动产与不动产都包括在内。这两种所有权之演进性质是相同的。不过土地所有权方面的演进格外显明些，因此特别拿土地的所有权作为例子。^③

请读者特别注意狄骥的下述思想：“不过在今日，我们都有一

① 狄骥：《拿破仑法典以来私法的普遍变迁》，第15—16页。

② 狄骥：《拿破仑法典以来私法的普遍变迁》，第126页。

③ 狄骥：《拿破仑法典以来私法的普遍变迁》，第126—127页。

个明确的意识,认为人是手段而不是目的,个人只是一部机器(指社会机体)的一个轮盘,我们的生在世界上,只于在社会工程内完成一种职务时,才有生存的理由”。^①这种把人看作手段而不是目的的思想(请读者特别注意这种思想的极大危险性),正是狄骥否定个人自由和所有权的理论基础。狄骥指出,“在近代社会里,社会连带关系之深切而明确的意识已很占优势,自由既然是个人利用其智德体三方面活动以发展这个连带关系的义务,因此所有权之于财物的持有者,亦是一种客观的义务”,即利用他所持有的财产以维持并增益社会连带关系的义务。^②

狄骥进一步总结了自己的思想:“因为每个人在社会内都占有一个位置,所以都应该在社会内完成一个相当的职务。财物的持有者,就因为他持有财物,因而可以完成只有他能够完成的相当职务。只有他能够增加一般的财富,只有他能够利用所持有的资本以满足大众的需要。所以他应该为社会完成这种事业,并且他只于完成这种事业与在所完成的限度内受到社会的保护”。就这样,所有权已不复为所有主的主观权利了,而变为财产持有者对社会的义务。^③

在大段引用狄骥的著作之后,读者想必对其权利否定说已有大概的了解。现在让我们对以狄骥为极端代表的这种社会思潮作一概述。

从19世纪末叶以来,由于欧洲主要国家推行自由放任主义政策的结果,使社会生活中发生了两极分化、贫富悬殊、劳资冲突等严重问题,于是兴起团体主义、社会主义思想,因法国人权宣言和拿破仑法典而获得立法表现的个人本位的权利观念,尤其是

^① 狄骥:《拿破仑法典以来私法的普遍变迁》,第132页。

^② 狄骥:《拿破仑法典以来私法的普遍变迁》,第133页。

^③ 狄骥:《拿破仑法典以来私法的普遍变迁》,第133—134页。

个人的所有权思想，渐被社会的所有权思想所取代。首先积极提倡社会的所有权思想的，是德国学者耶林。他对罗马型土地所有权思想，痛切地加以批判，认为所有权不可侵之观念，乃是个人恣意、刚愎、利己之思想作祟所致。耶林在《法律目的论》一书中，特别强调所有权行使之目的，不仅应为个人利益，同时亦应为社会利益，因而主张以社会的所有权替代个人的所有权。其后日尔曼法学者基尔克，基于日尔曼法之传统精神，更加力倡社会的所有权思想。他在《德意志私法论》第二卷中，认为所有权并非与外界对立而毫无限制之绝对权利，同时指出：所有权之行使，应依照法律秩序，且顾及各个财物之性质与目的。土地所有权，因内含着“义务”成份，因而所有人于行使权利时，自应注意所有权本身之内在限制。^① 在法国主张社会的所有权最烈者，首推狄骥。他一反天赋人权说，而倡社会连带说，以为财产权之所以获得尊重，在于促进社会利益，而权利人亦负有此种社会职务。进而提倡“权利否定说”，即根本否认所有权为一种权利之思想。^② 社会的所有权思想，在上述诸学者的提倡之下，从19世纪末起，即逐渐取代个人的所有权思想，而成为社会思潮之主流。^③

这种社会的所有权思想在立法上获得表现，首推德国1919年威玛宪法。该法第153条第3项规定：“所有权负有义务，于其行使应同时有益于公共福利。”至此，社会的所有权思想始在德国法典上正式确立。惟威玛宪法施行后不久，社会的所有权思想却因与纳粹思想相结合，而转化为法西斯式的绝对全体主义的所有权思想。1933年纳粹取得政权后，即以社会的所有权思想为理论根

① 温丰文：《现代社会与土地所有权理论之发展》，台湾地区五南图书出版公司1984年版，第17页。

② 温丰文：《现代社会与土地所有权理论之发展》，第17—18页。

③ 温丰文：《现代社会与土地所有权理论之发展》，第18页。

据,极力排斥所有权之外在制约,而高唱所有权之内在限制,且借公共利益之名,对个人所有权任意无偿征用。结果致使个人之财产权被剥夺殆尽,而本来以匡正个人的所有权之缺失为目的的社会的所有权观念遂因之而变质。^①

再看日本,1919年3月8日大审院关于信玄公旗挂松事件之判决,首先在判例中以权利滥用禁止理论修正个人的土地所有权思想。此后不久,德国威玛宪法上的社会的所有权观念传入,与日本以天皇为中心的国家全体主义思想相结合,而转化为国家全体主义的所有权思想。至二战爆发,此种国家全体主义的所有权思想,因受军阀利用而趋于极端。在国家总动员法与紧急命令下,个人的自由绝无可言,个人财产几成为支持侵略战争之工具。其结果,个人所有权之自由悉被剥夺,而成为与纳粹统制下的情形相同。有鉴于此,战后日本修改民法时,本来在修正草案中增列“私权应为公共福利存在”一句,由于表现过于强烈,深怕再度导致战时国家全体主义的所有权思想,因此改为“私权应符合公共福利”。^②

综上所述,可以得知在近代史上,社会的所有权思想系滥觞于19世纪末期的团体主义、社会主义思想,而狄骥的权利否定说则是这一社会思潮的极端表现。在今天,当我们评价这一思潮时,对于狄骥的社会连带主义和权利否定说曾经被利用来作为纳粹法西斯主义和日本军国主义的理论基础的历史教训,必须有足够的认识。应该看到,所谓社会的所有权思想之产生与流行,其初衷固在匡正个人的所有权思想之缺失,但这一思想本身犹如带有两面锋刃之利剑,如用之不当,适足以抹杀私人财产权,戕害个人自由,最终酿成人类之惨剧。

① 温丰文:《现代社会与土地所有权理论之发展》,第19—20页。

② 温丰文:《现代社会与土地所有权理论之发展》,第20—21页。

三、如何看待我国改革开放前的 “权利义务价值模式”

作者在“权利和义务并重的价值模式的建构”一节，用了相当大的篇幅论述原苏联东欧及我国改革开放前的权利义务价值模式。作者指出，“在当代，包括我国在内的社会主义国家在新的社会基础和理论基础之上，建构了一种全新的”权利和义务价值模式，这就是“权利和义务并重的”或称为“权利相对论的价值模式”。并指出在原苏联及东欧国家也曾建构过大抵类似的权利和义务并重的价值模式。

作者指出，这种价值模式的现代建构是马克思主义权利义务观指导的结果。“马克思主义的经典作家及他们的继承人通过对共产主义社会理想的精心设计，通过对社会主义的经济基础和社会阶级结构的周密探讨和观察，通过对以往人类社会一切有价值的权利学说的总结和批判继承，创造性地提出和发展了马克思主义的权利义务观，其核心就是权利和义务并重的一致观或相对观。^①在以大量篇幅引述马克思、恩格斯、斯大林、列宁、毛泽东的著作之后，作者写道：“总之，马克思主义的经典作家及他们的继承人通过对权利和义务的本质的深刻把握，通过对社会主义经济基础和上层建筑的精微调查，提出了科学的权利和义务的价值观，其核心是权利和义务价值并重的观念。这一观念不仅为社会主义国家处理权利和义务之间的关系问题提供了根本的指导思想，而且为社会主义法学关于权利和义务问题的研究，打下了重要的法哲学基础”。^②

① 《比较法研究》，1994年第3、4期合刊，第241页。

② 《比较法研究》，1994年第3、4期合刊，第243页。

笔者认为,对于上述《陈文》两段关键文字,有必要加以甄别:其一,应对马克思主义创始人和他们的继承人加以区别。作为马克思主义创始人的马克思和恩格斯,虽然创立了科学社会主义学说,但他们没有亲身经历建设社会主义社会的实践,他们不可能“对社会主义的经济基础和社会阶级结构”进行“周密探讨和观察”,他们仅仅是“通过对共产主义社会理想的精心设计”,“通过对以往人类社会一切有价值的权利学说的总结和批判继承”,而提出自己的权利义务观念的。而真正能够既“通过对共产主义社会理想的精心设计”,同时又“通过对社会主义的经济基础和社会阶级结构的周密探讨和观察”,“通过对社会主义经济基础和上层建筑的精微调查”,而提出“科学的权利和义务价值观”的,只能是斯大林和毛泽东这两位马克思主义的继承人(列宁领导社会主义实践的经历太短,这里不予评论)。其二,应对所谓“社会主义经济基础”加以区别。原苏联在斯大林领导下所建立的社会主义经济基础,即权力高度集中的行政经济体制,在斯大林去世后经过赫鲁晓夫、勃列日涅夫和戈尔巴乔夫领导的经济体制改革,最后在90年代初已同“苏联”一道被废弃。我国在70年代与80年代之交,根据中共十一届三中全会的决议,开始进行经济体制改革,即对在毛泽东领导下建立起来的社会主义经济基础进行变革,到了1992年改革的目标已经被中共十四大决议正式确定下来,这就是建立社会主义市场经济体制。显而易见,在我国,现在的以多种所有制结构和市场经济体制为本质特征的社会主义经济基础,与改革开放前以单一的所有制结构和计划经济体制为本质特征的社会主义经济基础,是有根本性的区别的。不特别注意和强调改革开放前后我国社会主义经济基础的根本区别,则何以理解邓小平先生所说的经济体制改革是一场革命?!其三,在作了上述区别之后,有必要特别指明,在上引段落中作者所着重强调的、马克思主义的继承人斯大林和毛泽东据以提出“科学的权利

和义务价值观”的“社会主义的经济基础”，显然是原苏联在斯大林亲自领导下建立起来的以单一公有制和权力高度集中的行政经济体制为本质特征的“社会主义经济基础”和我国改革开放前的以单一公有制和计划经济体制为本质特征的“社会主义经济基础”。特别要指出的是这两种社会主义经济基础，均已成为历史而非现实存在。

在作了这样的区别，明确了据以“建构”作者所谓“权利义务并重的或称为权利相对论的价值模式”的“社会主义经济基础”之后，让我们再来看看这一为作者称道的权利义务价值模式的真实情形。对于斯大林是否提出过“科学的权利和义务价值观”以及前苏联是否在斯大林领导下建构了所谓“权利和义务并重的价值模式”暂置不论，下面只讨论我国的实际情形。

1. 《关于正确处理人民内部矛盾的问题》是否表明了毛泽东“权利和义务并重的法哲学立场”？

《陈文》写到：“毛泽东忠实地继承并发展了马克思列宁主义，对权利与义务内在的有机联系也有精辟的论述，他在《关于正确处理人民内部矛盾的问题》一文中明确指出：“我们的这个社会主义的民主是任何国家所不可能有的最广大的民主。……所谓有公民权，在政治方面，就是说有自由和民主的权利。但是这个自由是有领导的自由，这个民主是集中指导下的民主，不是无政府状态”。作者立即评价说，“这种恰当的、精辟的分析，表明了他所持的权利和义务价值并重的法哲学立场”。其评价不可谓不高。对此，笔者要提出的问题是：这一评价是否恰当？

1957年2月毛泽东在最高国务会议上作了《关于正确处理人民内部矛盾的问题》讲话，提出划分敌我和人民内部两类矛盾的界线，用民主的方法来处理人民内部矛盾，可以认为这是他接受了斯大林错误的教训而提出的观点。但是，必须注意其中所说的两类矛盾及其解决办法，仍是阶级概念，而不是法律概念。既然