



私法的制度价值

The Institutional Function of Private Law

李晓明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D913.04/93

2007

私法的制度价值

The Institutional Function of Private Law

李晓明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法的制度价值 / 李晓明著. —北京:法律出版社,
2007.9
ISBN 978-7-5036-6746-6

I. 私… II. 李… III. 私法—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 123030 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣 赵浩 陈慧 刘辉 装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16	印张/50.25 字数/973 千
版本/2007 年 9 月第 1 版	印次/2007 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)	
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/010-63939738

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	苏州公司/0512-65193110	

书号:ISBN 978-7-5036-6746-6 定价:64.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

在思想中存在(代序)

如是我闻。

夫子云：“朝闻道，夕死可矣！”果如是乎？

似乎然，君不见，古往杀身成仁者滚滚来，今来朝夕问道者滔滔去。

又不然，君不知，人之生，春华而秋实，冬去矣，宁一个“道”字可以了得也？

又，假一个“道”字可以了得，宁信之“道”当唯此耳：生命万岁！道可“道”——礼拜生命之道——礼拜生命尊严之道，可“道”。如所谓“生命诚可贵，爱情价更高；若为自由故，二者皆可抛”，是也。自由乃人类生命尊严之所系，生命价值实现之所由，生命——作为一个有尊严、有价值的人的生命的根本之所在，为自由而抛命，即捍卫生命本身也——所谓“不自由，毋宁死”是也，故可“道”。不可“道”者，以道杀人之道，以道戕人之道。如所谓“饿死事小，失节事大”及凡此同一“罗各斯”——林林总总之“道”，是也。如斯之“道”，前有中华故国的“存天理，灭人欲”——“以理杀人”是也；后有法兰西大革命的“红色恐怖”——以绝对的“人民道德”、“公意伦理”杀人——雅各宾们的“继续革命”、剪灭“人民公敌”是也。一切将人视为符号，使人沦为教条、原则的附庸，强人为之献祭者，皆是也。

吾道异乎是。吾道一以贯之：“成为人，并尊重他人为人”——承认并尊重每一个人就其人之为人这一事实本身而言，都当然地无条件地是人，是一个独立自足的目的体和价值体，换言之，是他自己的目的，而非任何他在、外在、异在者的工具、手段、从属或附庸。一言以蔽之曰：没有高于人的生命价值的价值，没有高于人的生命尊严的尊严。这是人在宇宙之中（既非宇宙之外，亦非宇宙之上）的当然地位。此我从学经年思索感悟宇宙人生的基本答案。果其可“道”，吾宁信之道只此耳。如斯之道，其谁不愿欣欣然朝夕问对以弘之也。大概，这正是我之所以甘尔退守清幽潜心于学的一个基本缘故，及进行这次写作的一个基本初衷吧！

当然，笔者并非自然法学家，写作的目的亦并非阐释什么超验永恒的自然法则或所谓普遍有效的先验道法。这是古典思想家们的一般做法。反之，这是一部从经验出发、基于科学论证、力求严谨的“现代”学术著作。想来读者阅后自会感到这一点，虽然，本书可能仅仅是有限地做到了这一点。作为一部“现代”法学学术作品，本书所要探讨和回答的是，在现实的社会经济条件下特别是我国实行改革开放的社会经济条件下，如何更好地保护和实现人的权利与人的价值，这可以视为笔者关注于“道”一方面的问题；并特别是如何顺利完成以市场化、法治化为导向与基本内容的社会体制改革暨我国社会的现代形变问题，这可以视为笔者关注于

“器”一方面的问题,两方面互为耦合。作为聚焦,笔者将对这一切问题的求索放在了“私法的制度价值”这一特定的课题之上。这同笔者对于私法的特定理解与特别把握有关。关于这一点书中有展开论述。

“我思故我在”。这恐怕是绝大多数学人生命存在的真实写照。摆在读者面前的这部作品就是这样一种特殊生命存在方式的特殊的能动结果。希望它不致太过令人失望,并期对有志于法学学术的人们能够有所帮助。如是,幸甚。当然,宥于学力、研力,并特别是笔者相关方面的学科造诣尚属有限,偏失疏漏恐所不免,惟盼方家不吝匡谬了。如是,亦幸甚。至于尚遗诸多感思感悟因笔力不逮,又或许原本就是人类语言固有的局限,未能形诸文字于书中,特别是笔者所感思所感悟到的法学研究应有的新的综合范式,以及关于私法方面的诸多更为深广的命题因笔力不逮无法形诸文字于书中,不可谓不憾。

我常把自己想成一棵思考着的芦苇。思考是人类获得真知的基本路由,然而有时思考带来的也可能是荒谬和偏见,我这棵小小的芦苇盖亦殆不免。品论评说是听矣。吾者,唯以拈花自微笑了。

李晓明

2006年6月22日

目 录

导论	(1)
第一章 一般理论前提	(25)
一、人学一般	(26)
二、本书的基本人学立场	(33)
三、人的基本价值诉求	(46)
第二章 私法的一般理论	(64)
一、私法的定义	(64)
二、私法的运行机制和基本理念	(74)
第三章 私法的基本根据	(115)
一、私权的界定与私法	(115)
二、私法的基本根据	(127)
第四章 市场经济的基本法制需求	(160)
一、市场经济的基本含义	(160)
二、市场经济的基本法制需求	(165)
第五章 市场经济的基本历史及其制度论反思	(190)
一、市场经济的发生	(190)
二、西方市场经济的基本历史考察	(196)
三、中国古代市场经济的基本历史考察	(216)
第六章 市场经济与私法的互动关系史辨	(223)
一、私法的经济学根源	(223)
二、西方私法的起源及其与市场经济的互动关系考	(227)
三、我国古代的私法及其与市场经济的一般关系考	(268)
第七章 市场经济的基本属性及其与私法的制度关联(一)	
——市场经济的自益经济属性及其对私法的特别依赖	(284)
一、人的自益倾向及其法权要求	(284)
二、私益的法权界定及其对私法的特别依赖	(292)
第八章 市场经济的基本属性及其与私法的制度关联(二)	
——市场经济的自由竞争性及其对私法的特别依赖	(301)
一、市场经济的交换经济属性及其对私法的特别依赖	(301)
二、市场经济的竞争经济属性及其对私法的特别依赖	(305)

第九章 市场经济的基本属性及其与私法的制度关联(三)

——市场经济的平等自治经济属性及其对私法的特别依赖 (324)

一、市场经济的等价交换性及其对私法的特别依赖 (324)

二、市场经济的主体地位平等性及其对私法的特别依赖 (330)

三、市场经济的主体自治性及其对私法的特别依赖 (338)

第十章 市场经济的基本构成及其与私法的制度关联(一)

——市场经济的主体合成及其对私法的特别依赖 (350)

一、市场经济对主体的特别诉求 (350)

二、市场主体的证立及其对私法的特别依赖 (358)

第十一章 市场经济的基本构成及其与私法的制度关联(二)

——市场经济的产权要素及其对私法的特别依赖 (365)

一、产权的概念 (365)

二、产权的基本属性及其与市场经济的制度关联 (370)

三、产权的界定及其对私法的特别依赖 (390)

第十二章 市场经济的基本构成及其与私法的制度关联(三)

——市场经济的运行机制及其对私法的特别依赖 (409)

一、市场运行机制的法制表达 (409)

二、市场运行机制对私法的特别依赖 (413)

三、由信用的角度看市场运行机制对私法的特别依赖 (440)

四、由效率的角度看市场运行机制对私法的特别依赖 (474)

第十三章 市场经济的“现代化”及其法学解读 (498)

一、市场经济的现代形变及其法制/学后果 (498)

二、对立与统一:干预主义立法同私法张合关系的进一步辨证

——以美国竞争法同私法的互动关系为例 (515)

三、基本反思结论 (528)

第十四章 我国社会主义市场经济的总体法制任务 (530)

一、对社会主义市场经济的重新认识 (530)

二、我国社会主义市场经济的总体法制任务 (540)

第十五章 私法与我国社会主义市场经济的模式选择 (561)

一、市场经济的不同模式及其法学总结 (561)

二、我国社会主义市场经济的模式选择及其同私法的制度关系 (576)

三、对我国社会主义市场经济的法学误读及其正谬 (591)

第十六章 私法与我国社会主义市场经济的路径选择 (603)

一、市场经济发生的不同模式 (603)

二、制度变迁的一般模式及其基本法制体现 (609)

三、我国社会主义市场经济的路径选择及其对私法的特别依赖	(617)
第十七章 私法与我国社会主义法治	(637)
一、法治的基本内涵与主要模式	(637)
二、市场经济同现代法治的耦合	(646)
三、我国社会主义法治模式的选择与私法	(651)
第十八章 私法的人文价值与和谐社会	(676)
一、私法的人文价值	(676)
二、和谐社会的不同模式及其不同法制指向	(696)
第十九章 再论私法与和谐社会:回应公法建构论	(725)
一、辩证地理解和谐	(725)
二、对公法建构论的回应	(740)
结束语	(777)
参考文献	(781)
后记	(794)

导 论

一、问题与思考

本书并非意在推出一个全新的理论,恰恰相反,它所致力的,不过是要唤起人们对一条朴素常识的回忆和基本尊重,重塑其应有的尊严和地位。这是一条为现代社会纷繁复杂的现象所掩蔽、已经为人们所深深误解甚或几乎不适当地遗忘了的常识——私法对于人及人类社会的内在性意义和价值。^[1]作为一种制度元素,私法起源悠久,^[2]深深植根于人类对于自我真性的追问、把握、追求与证成之中。它在东、西方有着相同的人学基因,但却因东、西方不同的社会、经济构成及不同的文明发展路向,最终衍生出了不同的精神之华与物化之果,化成了不同的法文化传统。

在西方,肇其精神之基于古希腊,始其物化形态于古罗马,中经中世纪的潜移默化,最后在近代市场经济的汹涌浪潮和市民革命的壮阔波澜中形成了浓厚的私法文化传统和奠基其上的发达的法治社会结构模式,^[3]并因之辅成了西方文明于

〔1〕 本书中,私法不仅仅是作为一种或一类特定的制度法范畴来被指称和把握的,它是在一种更为宽泛、更为形而上的意义和层面上被指称和把握的,它还指陈一种特定的法精神、法理念,或者更进一步地说,它还是作为一个法哲学范畴而出现的。关于私法的完整内涵,书中有进一步的界定和阐释。

〔2〕 指在制度上根于私法的那些精神要素特别是私法意义上的自由、平等等私法精神要素,以及私法本身——当然是指主要表现为零散要素、未尽完整、未尽体系化的萌芽样态的私法,这种表现为零散要素状态的萌芽样态的私法随之私有财产及商品交换的出现在人类文明的早期发展阶段在东、西方很早就产生了,故云。关于私法的起源、发生情况,书中有进一步交代。

〔3〕 对于西方近现代法文化的私法文化定位是学界的通识性观点,但亦有学者对此持有不同看法。如我国著名法学家梁治平先生曾提出:“西方文化不但曾经受到‘私法’的培育,而且也经过了‘公法’的洗礼。这个文化不独是‘私法的’,它同时也是‘公法的’。实际上,在公法和私法这种分类当中包含着某种深刻的统一性,以至于我们不能够把西方文化单叫作‘私法文化’,而应当称之为‘公法——私法文化’。”(梁治平:“‘公法’与‘公法文化’”,载《读书》1994年第4期,第90页。)不过,在笔者看来,虽然西方近现代法治文明的形成、发展同样受到了公法的支持,公法在此间的作用同样不可或忽,但最能反映和体现西方近现代法文化的内在本质与外在风貌的还是私法,是私法所代表和表达的人格独立、主体性、平等、自由、自治、权利等范畴——特别是私法对它们的特别塑造与特别表达,这一切我们称之为私法理念,是它们主导了西方近现代法文化和法治的精神实质与外观面貌。在这里,公法之所以产生并取得存在价值,毋宁说在于它对于私法、对于私法所代表和表达的前述那些理念的保障、促进势能。

近代的崛起和后来居上。在东方,在古老的中国,虽不乏相同的人学基因和私法精神或有的灵光一现,但在强势农耕自然经济土壤的重压下,私法理念、私法制度始终未能在古老的中国大地上破土生根、开花结果。与之相应,市场经济的萌芽虽始终在古老的中华大地上、在强势农耕自然经济的夹缝中顽强地生息着,却始终未能进一步升华为真正的市场经济,并在此基础上实现中国社会的现代化形变。这一切同中华文明近代以降的衰微与落后直接相因果。

本书的一个基本判断是:以民(商)法为基本制度载体的私法是型构现代社会的最基础性的法律,它是现代社会一切物质的、精神的社会活动据以有序、有效发生与展开的基本法律操作系统和制度维护系统。舍此,现代社会的一切经济繁荣、政治民主、社会进步都将无从谈起;舍此,无论政府如何鼓励、经济政策和立法如何引导、扶植乃至规制,市场经济及与之耦合的现代法治都是无法有效确立起来并充分运行发用的。私法构成了近、现代^[1]市场经济的制度基础和近、现代法治的理念之源与价值准据。这不能不决定了私法特别是私法所代表和表达的那些精神、

可以信无大谬地说,现代性指向的公法其所以产生完全是私法文化高度发达的结果,是主要应私法文化的内在要求而产生的。为了保障私法所代表和体现的前述那些价值理念——它们才是西方近现代市民社会的核心价值之所系与所在,这才产生了约束、限制、规范公权力的制度性要求和必要性以及才有了这样做的现实的“物质力量”。如果没有私法文化的高度发展,没有私法所代表和体现的那些价值理念的成熟与发达及其强烈要求以及因此涵化形成的强大的“物质力量”——强大起来了的市民阶级、市民社会的力量,完善的现代性指向的、作为现代民主、宪政、法治制度体现和制度形式的公法就完全没有必要产生,也产生、形成不了;谁来提出这样的制度性要求,并推动、促进其发展、保障它的“社会性”运作与实现呢?因此,我们说,最能体现西方近现代法文化的精神实质和它的内在“结构”与“机理”的是私法,西方近现代法文化的最恰如其分的概括性称谓还是私法文化。这也是我国大多数学者的通识性观点。

[1] 本书中,近代或近、现代连用时一般系作为历史学术语,而非社会学术语,其主要指陈意义为历史学上的断代分期;反之,单独指称的现代,如现代性、现代化、现代社会云云,则主要系作为一种社会学术语被指陈的,据以指涉发轫于西方中世纪后期及市民革命时期以工业化、商业化、民主化、法治化等为基本内涵的一种特殊的社会现象,它同历史上作为同古代相对称的近代、现代并无时间概念上的绝对同步对应关系,其对称用语为前现代、后现代;至于书中所谓现代市场经济或市场经济的现代化云云,则专门用以指陈始自19世纪末同传统的自由放任的近代自由市场经济相区别的、存在一定程度国家干预的“新型市场经济”。在此语境下,作为对应,传统的自由放任的近代自由市场经济通常对称于古典市场经济。相对于前现代经济体制,发轫于欧洲近代的古典市场经济依历史分期虽曰“近代”,但在社会属性上则仍然是“现代的”,属于现代经济形态,并且正是古典市场经济的这种现代经济属性构成了西方自产业革命以来社会“现代化”的基本根据和基本内涵。因此,由社会学角度命题,发生于西方近代历史上的古典市场经济完全也可以称之为一种“现代”市场经济,它同以简单商品经济为基本内涵的前现代市场经济是有很不同的,如古罗马市场经济;反之,它同现代性是直接相通约的,故云。不过,由经济学的角度命题,始于19世纪末存在一定程度国家干预的“新型”市场经济,同此前以自由放任为基本标志的古典市场经济是存在很大不同的——虽然就其社会学属性而言,有别于前现代经济,它们都是“现代的”,故为示区别,经济学界一般称之为现代市场经济,笔者从之。

理念在凡被称之为进步的人类努力中的特殊地位。^{〔1〕}于是,对于私法的觉悟及给予私法以应有的恰如其分的合理定位,是任何试图尝试或正在进行现代化及法治化努力的社会都必须给予正视并予正式作答的一个基本问题。换言之,在一个国家的法律哲学中给予私法以怎样的价值定位,在一个国家的法律体系中给予私法以怎样的制度地位,是任何一个正在尝试或进行现代化及法治化努力的国家都必须首先给予明确的一个前置性问题。因此,私法的定位问题不能不成为考察、研究任何一个国家现代化及法治化问题的一个基本着眼点和关键点。对于正在推进市场化进程、构建社会主义法治、进行现代化形变、严重匮乏私法文化资源的我国来说,尤其如此,甚则可以认为,恰如其分地合理解决这一问题对于当下的我国来说,其严重性与紧迫性较之在市场经济相对发达、法治化程度相对较高的西方国家里尤其为甚。社会主义市场经济和社会主义法治建设,都对于确立私法在我国社会主义法律哲学和法律体系中的合理地位问题提出了迫切的要求。

然而,在我国法学界当下的理论研究中,私法却受到了不应有的误解甚或曲解。对于私法的误解主要来自于两个方面,也可以说是两个不适当的极端。其一,片面夸大私法的刚性制度^{〔2〕}作用和地位。在这种观点看来,似乎一部统一完备的民法典,就可以“明确地划定市民社会与政治国家的范围,贯彻自由主义精神,充分确认和保护市民的权利,有效地控制国家权力的滥用”,^{〔3〕}甚至毕市场经济与社会主义法治建设之功于一役了。有人称这种观点为民法帝国主义或民法浪漫主义。^{〔4〕}其二,片面贬抑私法的软性甚至刚性制度作用和地位。在这种观点看来,一者,私法是“弱势法”,没有公法的强力保障,私法及其所代表的私权便无法自持;二者,市场经济“现代化”以来,面对种种市场失灵现象,“法律重心已逐步从个

〔1〕 这主要是一个规范性命题,而非实证命题。由实证角度看,发生在前现代各个历史阶段的社会进步可能与私法完全无涉,如西欧之从奴隶社会“进步”到封建社会,但,从纯逻辑的角度讲,作为前现代社会的古代和中古时代之所以相对于现代社会为落后和不够进步,体现在制度法领域,可以信无大谬地讲主要就表现在私法在那个时代的不够发达,所以从这一角度、作为一种规范命题也可以说,私法的发展、发达与否的态势对于任何一阶段人类社会之“进步”与否,都具有某种标志性意义,乃至制度论方面的决定意义——私法的发达与否的态势制约着任何一个社会的商品经济的发展与发达与否的态势乃至相应市民社会的发达否态势,因而对任何特定社会的“进步”与否的态势都有影响,故云。

〔2〕 本书中,所谓刚性制度是指由法律规范等“正式”社会规范构成的“刚效”制度系统,所谓软性制度是指由文化观念、意识形态等“非正式”规范构成的“软效”社会规范系统。按新制度经济学,后者同样具有诱导、激励、规范人们行为取向的相应制度功能,故可以视为一种特殊形态的制度要素。关于这一问题,书中有进一步的交代。

〔3〕 徐国栋:“市民法典与权力控制”,载杨振山主编:《罗马法·中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社1995年版,第85页。

〔4〕 王涌:“宪法与私法关系的两个基本问题”,载吴汉东主编:《私法研究》(创刊号),中国政法大学出版社2001年版,第20页。

人自由权转变为以生存权、发展权为主的社会权,法律关注的焦点也随之从私法领域转为公法领域”,^{〔1〕}私法本身也出现了“公法化”的强劲势头。于是,私法遂丧失了在现代法治中的价值优位地位,因之,“在建设法治国家的时代,应当树立公法优位的理念并构建优位与优良的公法制度”。因为,在现代社会,“法治之发达,关键在于公法之优位”。^{〔2〕}这种观点,我们称之为公法霸权主义。两者各有片面。本书所致力于是的,就是要澄清这两种不适当的倾向。

我们认为,社会主义市场经济既需要援私法为本位,也离不开公法对公权力的有效约束以为私法本位制度能势的发挥作用创造条件;社会主义法治既需要一系列公法运作,以遂民主、宪政的刚性制度建设之需,也需要私法为之提供精神导向,供给理念源泉和价值准据。这意味着,在我国社会主义市场经济和社会主义现代化法治建设中,需要对公、私法两者做出适当的平衡。这同时意味着,公、私法及两者间关系的问题并非仅仅或公法或私法两个不同法系统本位法域本身或其相互之间的局域性问题,反之,它们涉及的乃是我国社会主义市场经济法制的总体构成乃至我国整个社会主义法律系统总体构成的全局性问题。但我国目前的法学研究在这方面是明显注意不够的,特别是对于私法而言尤其如此。

在绝大多数人的定式化思维里,似乎私法的意义和价值仅仅在于民商法局域本身而已,至于私法在我国社会主义总体法制构成及总体法治工程中是否还有某种更深层次、更具根本性的意义,则几乎很少引起人们的更多关注和认真思考,从法理学的全局角度和综合高度来探讨和研究这一问题的就更不多见了。诚如议者所谓,虽然鉴于这一问题的全局性意义,人们有理由寄望于作为基础法学部门的法理学界来进行,然而,“法理学界对此却表现出了少有的冷静和不应有的谦让。”^{〔3〕}可是,要想对私法的价值定位与制度定位及其同公法的制度平衡问题有所恰如其分的回答,又非借助于法理学的高瞻远瞩不可。本书就是这方面的一个初步尝试,希望不致太过令人失望。

二、方法的找寻

正确的前提才能导致正确的方向,只有前提和方向都正确才能导出正确的结论。为了确定正确的前提,找到正确的方向,我们必须首先找到一个正确的方法。法学无疑是人类学术中最为复杂、最为堂奥的一个,面对古往今来浩如烟海的法学论著、异彩纷呈的对立学说、经委万端的相涉问题,要理出一个头绪,找到一个正确的方法,确立一个坚实的理论支点,谈何容易。在此,我们不能不感谢我们的先哲

〔1〕 汪习根:“公法法治论——公、私法定位的反思”,载《中国法学》2002年第5期,第54页。

〔2〕 汪习根:“公法法治论——公、私法定位的反思”,载《中国法学》2002年第5期,第58页。

〔3〕 黄金桥:“公法与私法初辨”,载《湖北行政学院学报》2002年第6期,第25页。

马克思。

在古今众多思想家和理论家中,马克思无疑是最具卓识的一位。正是他的理论卓见使我们的如飞思绪清晰了许多。于是,我们的研究将始终坚持马克思的历史唯物主义世界观和方法论,并从马克思主义的几个基本命题入手。马克思指出:“法的关系正像国家的形式一样,既不能从他们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系。”^{〔1〕}又,“只有毫无历史知识的人才不知道:君主们在任何时候都不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令。无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^{〔2〕}这样,我们不能不走进法的现象的最深处去找寻、发掘隐藏在这一现象背后始终制约着它、决定着它的那些深刻经济根源。于是,在我们的分析中将始终坚持经济分析的方法。为此,笔者没有通常地遵循以语义逻辑分析为基本工具的传统法学的一般研究范式。

面对分工愈繁而综合愈甚的现代社会,要想对诸如经济增长、社会发展、公平、效率等问题真正有所完整的理解和把握,单靠任何一个学科都已是不可能的了,而必须靠政治学、经济学、法学、哲学、伦理学等各相关学科的努力。在这方面,某些西方学者的认识要比我们到位得多。自由主义大师哈耶克曾精到指出:“为了增进我们对自由的洞见,我们必须把哲学、法理学和经济学综合起来对自由进行研究。”换言之,为了求得真解,“必须把关于自由的哲学、法理学和经济学交融为一体。”^{〔3〕}关于自由问题的研究如此,关于其他更宽领域问题的研究何尝不更是理应如此呢?看来那些所谓破除门户、打破畛域等老生常谈的学术指向已经不能仅仅停留在口号和一般意义的宣示上,而必须落到学术研究的实处了。

从马克思的基本立场出发,笔者认为,现代市场经济迅猛发展及现代社会高度“经济化”的现实决定了法学已经不再可以离开经济学的基本认识成果而孤芳自赏了,长期以来法学同经济学互不通约、各行其是的那种局面应该有所改变了。“法学家以为他是凭着先验的原理来活动,然而这只不过是经济的反映而已。”^{〔4〕}如是,正如经济学的研究不能一再拒绝法学给予的制度局限和价值规约,法学的研究也不能永远回避经济学的现实考验和终极检验。于是,为求学术之真,正确的态度理应是,既不能离开法学一般地谈论经济学问题,也不能离开经济学一般地谈论法学问题。看来,是到了回归古典、回归马克思的时候了。于是,我们的研究不能

〔1〕《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1972年版,第82页。

〔2〕《马克思恩格斯全集》(第4卷),人民出版社1972年版,第121~122页。

〔3〕[英]哈耶克著:《自由秩序原理》(上),邓正来译,北京三联书店1997年版,导论,第7~8页。

〔4〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第484页。

不借助于现代经济学的有关认识成果。

恩格斯指出:“政治、法律、哲学、宗教、文学、艺术等的发展是以经济发展为基础的。但是,它们又都互相影响并对经济基础发生影响。并不是只有经济状况才是原因,才是积极的,而其余一切都不过是消极的结果。”^{〔1〕}此外,“被忽略的还有一点,这一点在马克思和我的著作中通常也强调得不够,在这方面我们两人都有同样的过错。这就是说,我们最初是把重点放在从作为基础的经济事实中探索出政治观念、法权观念和其他思想观念以及由这些观念所制约的行动,而当时是应当这样做的。但是我们这样做的时候为了内容而忽视了形式方面,即这些观念是由什么样的方式和方法产生的。”^{〔2〕}这样,我们又不能不对已成定式的经济决定论有所进一步反思,并对政治、法律、意识形态、文化等一切被称之为上层建筑的东西的能动作用给予重新认识。对此,我们统称之曰“制度”,既包括作为正式刚效规则的政治制度、法律制度等“刚性制度”,也包括作为非正式软效规则的意识形态、法律文化等“软性制度”。

为此,我们借鉴了新制度经济学的有关认识成果。唯此,本书也可以在一定程度上视为一部法经济学方面的作品。

法经济学(economics of law),是近三十年来勃兴于美国的一门法学和经济学的交叉学科,又称法和经济学(law and economics),经济学法学(legal economics),法律的经济分析(economic analysis of law)以及经济分析法学(jurisprudence of economic analysis)等等,迄今并无一个统一的固定的名称。法经济学的理论基础是新制度经济学。从经济学的角度看,法经济学可以看作新制度经济学延伸于法学领域的一个分支。

新制度经济学的奠基人是科斯,此后经威廉姆森、阿尔钦(又译阿尔奇安)、德姆塞茨、诺思、张五常等一大批学者的进一步发展,逐渐成为西方经济学领域里最为蔚然壮观的一股新的强势学术流派。新制度经济学的主要成就并不在于对于传统经济学课题有着什么更为特别的新见,而是在于运用传统经济学的分析工具——新古典经济学的微观手法对于诸如产权、契约、宪政等传统经济学范畴下的“非经济问题”——“制度问题”给出了别具匠心的独到研究,从而将经济学的研究引向了一个前所未有的新领域和新境界。在西方经济学界,同前述以科斯为主要代表的新制度经济学相并列,还有另一个以加尔布雷斯为主要代表的“新制度经济学”。这一“新制度经济学”从以凡勃伦为代表的美国“老”制度主义那里继承了宏观的分析框架和描述性的研究方法,虽然亦名“新制度经济学”,但同以科斯为主要代表的那个“新制度经济学”有着很大的区别,故有人认为以加尔布雷斯为主

〔1〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第506页。

〔2〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第500页。

要代表的这一“制度经济学”应该叫“后制度经济学”而不是新制度经济学。“美国的后凯恩斯主流经济学(新古典综合派)和新自由主义经济学都对这个后制度经济学很不以为然。”〔1〕

本书所指陈,作为法经济学理论基础的新制度经济学乃是以科斯为主要代表的那个新制度经济学。新制度经济学目前并无一个绝对确定的学科体系,它是由包括产权经济学、交易费用经济学、契约经济学、反托拉斯经济学、宪政经济学等众多分支学科组合而成的一个庞大的松散的开放式学科集群。笔者的这部作品其所以一定程度上“自命”法经济学作品,主要是因为较多地借鉴和援用了新制度经济学的一些基本方法、范式和范畴,但它还不能算是一部“真正”或曰“纯粹”的法经济学作品,因为,它还同时保留了更多的“正统法学”的色彩。

在以微观经济学和宏观经济学为基本构成的传统经济学中,制度被视为一种给定的外生变量,并同时假定各类主体都是理性完备的,因而都已经很好地适应了制度,从而各类主体都在一种无摩擦、无制度成本的状况下从事经济活动。〔2〕于是,相对于社会经济主要是市场经济,制度(包括法律)并不重要,因为它们都已被给定,并同时被假定为既没有缺陷,也无改进必要,从而对于主体及其行为与行为趋向选择没有影响,因而无需进入研究者的视野。这不能不造成严重的理论局限。由于制度被视为给定的、既存的,传统经济学无法完整理解和正确解释(西方)市场经济何以发生及发生的具体历史条件,至于对于尚未建立起市场经济的国家如何建立市场制度、进入市场经济更是无法提供有效的理论支持和帮助。另一方面,则无法就完善市场经济运行的条件、提高市场经济运行的效果给出完整的合理化理论说明和切实有效的政策建议。

与经济学的这种状况相对应,以分析实证主义为哲学前提的传统“概念法学”亦完全醉心于法学范式的纯粹和法律概念体系的逻辑完整。在这里,同经济学的情况正好相反而逻辑类似,社会生活的经济真实被假定作为一种乏有相关的外生变量,它们对法的本质、法的理念乃至法的具体制度不发生内在性的影响。这样,只要法律的概念体系在逻辑上足够完整,只需将这一概念体系照搬于任何特定的社会经济情势,便可以圆满解决一切法律问题,或者要求它们消极地服从法学的“真理”,因之,人们在构筑法的“绝对真理”体系和“绝对合理”的价值体系并对世界发出号召的时候,无需考量社会生活的经济真实——好像这些经济的真实必须反过来服从法的“绝对真理”以及它的“绝对合理”的理念似的。这样,法学研究理

〔1〕 方绍伟:“科斯定理对吗?”,载盛洪主编:《现代制度经济学》(下卷),北京大学出版社2003年版,第3页。

〔2〕 [德]柯武刚、史漫飞著:《制度经济学——社会秩序与经济政策》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第4页。

所当然无需关注经济学家们在思考什么,得出了怎样的思考结论,因为,在学术上这被视为彼此无涉的两个完全不同的独立领域。这就不能不造成法学、经济学期互不通约的局面。这样的法学对于如何完善社会经济运行的条件、提高社会经济运行的效果同样无法给出完整的结构性说明与合理化的学术建议。马克思虽然强调经济同法律的辩证关系,并在理论研究中强调经济分析的方法,但由于缺乏具体的分析工具,后世的马克思主义理论家们在具体的理论研究中并没有真正解决好法学同经济学的学术通约问题。

这方面的真正突破应归功于新制度经济学。

以科斯的交易成本概念为突破口,新制度经济学不同意传统经济学的前述假定,认为市场交易是有成本的,同时主体也不是理性完备的。主体理性的有限性及正交易成本的存在表明:有效率的经济后果不可能在任何一种制度安排(法律规则)、任何一种权利配置状态下发生。不同的制度安排(法律规则)、不同的权利配置状态会产生不同的效率后果。因为,其一,不同的制度安排在实现经济效应内部化或克服外部经济效应方面其效果是不同的;其二,不同的制度安排会造成不同的信息问题,因之会造成不同的不确定性问题,换言之,不同的制度安排在解决信息障碍,帮助人们实现信息沟通,矫正信息不对称情势,减少与克服不确定性以促进人们的交易合作方面其效果是不同的;其三,不同的制度安排会造成不同的交易成本,或者说不同的制度安排在克服交易成本问题方面其效果是不同的;因此,最后,不同的制度安排对人的行为模式选择会造成不同的激励,进而造成资源配置与社会经济运行的不同效率。于是,新制度经济学开始强调制度的重要性,并将制度问题作为他们的核心研究对象。他们将包括法律在内的制度因素作为经济发展的内生变量,强调制度对于社会经济发展的关键性作用。他们认定:“对经济增长起决定作用的是制度性因素而非技术因素。”^{〔1〕}这种认识结论对我们是很有启发意义的。

长期以来,国内学术界机械地固守着马克思关于“生产力决定生产关系”、“经济基础决定上层建筑”的所谓历史唯物主义基本原理,在制度和社会经济的关系问题上,断称制度不过是社会经济决定的对象与结果,否之,即被指斥为制度决定论并以反历史唯物主义相归咎。生产关系、上层建筑对生产力、经济基础的能动作用基本上被抽象化和庸俗化了。具体到法制同社会经济的关系问题,则简单地以马克思的相关论断相搬用。

就法学研究而言,理论界最“先进”的基本指向是,用社会经济关系解释、说明法律,满足于发掘法律背后起制约、决定作用的各种社会经济要素,以完成法学历

〔1〕〔美〕道格拉斯·诺思著:《经济史中的结构与变迁》,陈郁等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第184页。

史唯物主义身份的自我证立与自我表白,至于法是如何具体完成对于社会经济的影响、促进、塑造的这一更具实践意义、更具操作价值的维度,则基本上被忽视了,或者被做出了套语化的简单处理,因而无法就法在社会历史发展进程中发挥能动作用的具体情况、具体途径与具体模式做出必要的揭示和解释,从而无法就人们更为关心的那些更具实践意义和操作价值的问题给出合理说明:为什么具有同样智力能势的不同民族,有的能够创造出一项又一项的先进技术,而有的不能?为什么同样水平的技术发明在有的国家可以转化为现实的生产力,而有的不能?为什么有着曾经遥遥领先于世界的四大发明及其他技术进步的中国没能在原本比较领先的技术的基础上催生出西方式的产业革命,进而导致经济的快速增长,并就此实现社会的现代化转型?最主要的是无法回答:生产力如何可以被更好地创造出来?社会经济如何可以更好地实现增长?一言以蔽之,一种效率型的资源配置方式和社会经济运行机制是何以可能及如何具体实现的?我们认为,这是更具实践操作指导价值因而更重要的。

我们要建设社会主义市场经济,就必须首先了解市场经济是如何被“建设”的。由制度论的角度言之,所谓社会主义市场经济“建设”无非针对所需,为市场经济的发生及有效运行供给恰当的制度要素,创造适当的制度条件和制度环境。信然,只要所需制度要素获得满足,制度条件和制度环境适宜,市场经济自然就会“自发”生成并“自动”运行。否则,不论政府下什么样的决心、做什么样的决议、喊什么样的口号及付出怎样的努力,市场经济都是不能有效生成并正常运行的。唯此之故,我们的一个基本判断是:我国社会主义现代化建设面临的最当务之急绝非仅仅来自经济增长方面的挑战,更主要的甚至更根本的乃是来自制度生产与制度供给方面的挑战。因为经济的高效增长与协调发展乃是适当制度的必然后果。反之,离开相应制度的支持,社会经济即使有所增长,也不可能是健康的、和谐的,更不可能据此形成成为一种可持续性的良性社会发展。

因此,我们必须重视制度,研究制度。我们既要研究市场经济赖以内在的那些制度要素及其法律性质,而且要研究如何进入市场经济的具体制度路径。这就是新制度经济学给我们的基本启示。前述关于私法的基本理论反思正是由此以出的。书中所论种种亦是大致沿着这同一思路展开的。同时,本书没有将私法仅仅局限为一种制度法现象从刚性制度的角度出发命题,它还同时将私法提升为一种法哲学范畴和法文化现象从软制度的角度加以把握,并且从社会经济变迁史的角度对问题给予了动态考察。

三、假定与范畴

(一)基本假定

科学的研究始于科学的假定。举凡各类学科在构筑各自学科理论体系的时候