

奚懿 著

# 民法哲学随笔

——从民法外来 到民法中去

奚懿

江西人民出版社

# 民法哲学随笔

——从民法外来 到民法中去

奚懿 / 著

江西人民出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

民法哲学随笔——从民法外来 到民法中去 / 奚懿著.  
—南昌:江西人民出版社,2007.1

ISBN 978-7-210-03527-5

I.民... II.奚... III.民法—法哲学—文集  
IV.D913.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 162516 号

**民法哲学随笔**

——从民法外来 到民法中去

奚懿 著

江西人民出版社出版发行

南昌市委印刷厂印刷 新华书店经销

2007年1月第1版 2007年1月第1次印刷

开本:880毫米×1230毫米 1/36 印张:6.5

字数:120千 印数:1-3000册

ISBN 978-7-210-03527-5/D·596 定价:12.00元

---

江西人民出版社 地址:南昌市三经路47号附1号  
邮政编码:330006 传真:6898827 电话:6898893(发行部)

E-mail:jxpph@tom.com web:jxpph.com

(赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换)

## 前言并致谢

世界变化好快，俺却爬得好慢。

我才刚刚起床，就发现有人已经把晚饭吃掉了。我只好赶紧拾掇着穿衣吃早饭吃午饭……勉强在午夜十二点赶上别人也上床休息。结果注定了第二天又是这样一个没完没了的重复。说实话法学不是我的最爱，我更喜欢文学。可是有一天当我突然发现自己喜欢文学的时候却已经是满脸的胡楂子，我于是觉得不如去学点行政知识考个朝九晚五周末唱个小 K 喝点小茶的公务员混混日子，至于什么文学还是交给我儿子去发扬光“小”好了。可是那年头作为劣质学生要想意思自治选择专业还不那么容易，在没有发现行政方面的专业之后我稍微靠点谱投身了法学。当初我并不明白也不想明白法学是个什么鬼东西，我就想做米虫菜虫蟑螂什么的有好觉睡有好饭吃。因此我不怕告诉大家我考“民法总论”得了正好 50% 的股份，那时还有点不服气，好歹再给一分就可以控股了，老师也贼抠门……我伤了自尊。我于是放弃了做小菜虫的机会开始学习民法，终于将麻痹的自己

用针灸拯救回来。要不然我到现在大概都不会明白法学跟鸟学有什么区别。从这个意义上说,这是我人生的重大漂移点,所以我首先要感谢的,就是给我 50 分的老师——朱汝刚副教授/律师。

这本书原本希望还有另外两位战友参与写作,他们的文字水平都相当了得,至少都不会比韩寒低。但是由于他们毕业之后事情太多,一直没有机会真正地参与进来,我就只好匆忙地堆砌完成。但是我还是要感谢他们,他们是陈旭律师与蔡剑茹女士,蔡战友还提供了本书中有关“无权处分”一项的文稿,这是她在本校获得殊荣的杰作,是得到浙江大学法学院民商硕士点点长(陈信勇教授)好评的佳品,故而要表示感谢的平方。

不得不说我的大学生活基本上很失败(其实整个人生也似乎一直在失败 ing),但是我还是要感谢一些老师。比如我的班主任徐何生老师,徐老师父亲姓徐,母亲姓何,如果天下人都这么取名字似乎会很有意思。我于是琢磨着有没有姓瓜的女士,我们的孩子可以叫做西瓜生。呵呵。徐老师其实是一个很好的老师,长得也很英俊,由于我一向不安分,给他添了不少麻烦……(哈哈)。还有一位美女老师方洁,人缘好得不得了,关心同学就像关心自己小弟小妹,教我们行政法与行政诉讼法,2006 年博士要毕业了,我要感谢她,顺带祝贺。邵亚萍老师看上去有点严肃,实际上很亲切,也很了解同学的特点,属于知人善用一类的老师。李燕霞老师曾经从西南政法大学跑到了西北政法学院,具有很强的专业知识,想到李老师就

想到她做的菜……有点想流哈喇子,我的天。

我的导师胡雪梅教授富有女子少有的豪迈、学者少有的人文气质与法学家少有的文学造诣,她对动物倾注的关怀是了解她高尚人格的切入点,我们很容易想象一个对花虫鸟鱼都心生爱怜的人会多么善良,可惜还是有人并不了解这一点。她对我的鼓励是完成本书的巨大动力。此外,李小华老师严谨的治学为人态度,是所有人都应当学习的;魏盛礼老师针砭时弊指点江山所流露出来的渊博学识也令人钦佩;李光曼老师则将实践出真知的马克思主义原理发挥到了极致,我要对他们一并表示感谢。另外要感谢一位不愿意透露姓名的人,其对本文的文字进行了部分校对工作,若不感谢,我就太没有人性了。

我出生在河边但我却不会游泳;我自以为体质不错却总染上小病;我觉得跑得够快却快不过“小强”;我标榜小资却没有余钱;我自诩擅长文字却比不过小三小四<sup>①</sup>;没有感恩之心便会麻木不仁。

---

<sup>①</sup> 小四是国内著名的人物,小三则是小四号称小三第二的另一著名人物。

## 目 录

先 章	/ 1
第一回 叹息	/ 1
第二回 老虎、翅膀和风向——法哲学、法学教育和学习目的	/ 2
第三回 多面的正义和玄幻的因果——法哲学的重心和运转依据	/ 13
第四回 人之根本——自由精神	/ 26
第五回 多此一举——也论人文物文之争	/ 32
第六回 看似弱智的定义——民法哲学就是民法的法理学	/ 44
第七回(兼先章之结语) 向民法学家看齐	/ 51
第二章 民法哲学演论——民事制度与相关理念的缘起与发展	/ 55
第八回 法老也是人——古埃及民事制度略论	/ 56
第九回 从周杰伦到古巴比伦——古巴比伦民事制度简索	/ 58
第十回 不仅仅只有神话——古希腊法哲学思想与民事制度	/ 64

第十一回	无法逃避的时代——古罗马之自然法思想	/ 73
第十二回	关于尾巴的小议	/ 83
第十三回	为祖国申冤——俺们中国的民事法律制度	/ 93
第三章	认识民法哲学的数项重要内容	/ 100
第十四回	权利论——对重点的简单叙述	/ 100
第十五回	从荆棘中寻找路径——民法基本原则论	/ 107
第十六回	枚举法律解释方法一例——关于对《民法通则》第 127 条的理解问题	/ 124
第四章	价值体系	/ 128
第十七回	崇尚权利——被《为权利而斗争》感动	/ 129
第十八回	为过错买单——过错在民法发展中的作用	/ 135
第十九回	对特殊主体的保护制度	/ 146
第二十回	对财产的保护制度	/ 155
第二十一回	我的地盘不光听我的——公共利益 利益的若干问题	/ 184
第二十二回	部分权利的欠缺——效力未定 体系	/ 195
第二十三回	过期不候——有“保质期”的 消灭时效制度	/ 218



# 先 章

## 第一回 叹息

从徐国栋教授宣告自己为“民法哲学第一人”开始，从“国内第一部民法哲学专著”问世开始，我感觉自己还是落后了。

在民法问题被激烈探索的今天，完成任何一篇民法学术作品都是不容易的。因而，我们非常崇敬诸多的民法学术前辈，并感激他们这个时代为民法的发展所作出的贡献！

不得不承认的，是我们的思维还不够敏捷，无法洞察可供利用的学术资源；是我们的知识体系还不够完善，无法将一个个知识晶体交汇凝聚；是我们的嗅觉还不够敏锐，无法捕捉弥漫在空气中的学问氧分。或者说，是我们出生太晚了吧？

然而说我们年轻，似乎，我们已老，老在经常遗失擦肩而过的学习机遇，直到回头找寻时才萌发失不再来的哀思；老在思维钝化而缺乏批判和创新，以至于放任争议

的观点却不敢给予一丝轻微的反驳；老在多少同龄人已经在自己的天地寻得芬芳，而我们，在刚刚窥探到学术的门径的时候却感觉时间的紧迫。

但是，我们毕竟还是 80 后！我们身强力壮，借我们加快的步伐追逐日益扩大的学术差距；我们好学，以我们对民法的热情层层深入已经日益加深的民法学隧道；我们不懈，用我们真挚的情感抓住已经越飞越高的民法衣袂。

总之，我们一直在努力！

## 第二回 老虎、翅膀和风向——法哲学、法学教育和学习目的

### 1. 就把它当做是纸老虎，即便它真的是老虎

法哲学这个词语一眼看来，是多么神奇深奥并吓人的词汇。凡事沾上哲学，就有些像秀才遇到兵的感觉了，因为这实在是很难说清说明的问题。西方哲学历史悠久，人才辈出，变化多端，一人讲一句，就已似洪流般的规模；东方哲学悬奇深奥，名家仆继，游刃有余，一家一说，早已汗牛充栋。这真的非常残酷！而对于法律初学者来说，法哲学或者说法理学往往十分不容易下手，我们明白这个古怪的法哲学老人必会给予我们不少有益处的指点，但这些莫名其妙的概念和理论怎么能够凭空搭建在我们的脑子里呢？这些空中楼阁即便真的一瞬间浮在半空，随后也必然纷纷地坠落下来。毕竟飞熊或者张良的

故事不是经常会发生的……故而不少好学的朋友在多年之后突然非常强烈地呼喊要重修法哲学。

那么何为法哲学或者法理学呢？难道存在简单的理解吗？对此我们可以做一些探讨。考夫曼在他的《法律哲学》(Rechtsphilosophie)中描述，法律哲学系有关应然法律、“正当法”、“公正法”，简言之，法律哲学是探讨正义的学说。<sup>①</sup>而如博登海默所表述的，法哲学包括法律哲学的历史进程、法律性质和作用、法律的渊源和技术。<sup>②</sup>波斯纳认为所谓的法理学，指的是对所谓法律的社会现象进行的最基本、最一般、最理论化层面的分析。但他同时又指出，法理学这个题目是令人着迷的，为什么它只应当是一小部分专长于此的法律学者的独家领地？这没有道理。它应当令所有的法律人和法学院学生都感到有兴趣，并对……都应当如此。<sup>③</sup>笔者感觉这样的说法非常令人受用。法律原理以及法律条文到底应该是一个玄奥迷离的东西还是应该是人人都可以明白了解的东西呢？学界似乎存在过很多讨论。我们以为的确存在一些专门法律术语令人费解却无法替代的情况，但是毕竟大部分的法律内容可以做到语言相对平实简单。法治是全民之

---

① 参见考夫曼：《法律哲学》，刘幸义译，法律出版社2004年版，第9页。

② 参见E·博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版。

③ 参见理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，原文序。

治,而不是机关之治。群众百姓有权利也有义务去了解部分法律相关问题和具体条款。话又说回来,既然看到了波斯纳的《法理学问题》,笔者就自然而然想到了朱苏力。朱苏力在他的《什么是法理学》一文中认为,法理学是对被称为法律的那些社会现象有关的根本性问题的哲学思考。<sup>①</sup>这自然是波斯纳观点的另一种表述。当然,还有一个更为浅显的法理学概念,就是“一般来说,法理学是研究一般的法律和法律现象之规律和原理的理论学科”<sup>②</sup>。这些概念或者说描述,只是千万种之一,冰山的一角而已。正如法哲学书籍一样,法哲学的概念错综复杂,数不胜数。但是有一点我们可以肯定,法哲学是对法的哲学性的思考,其不仅含有哲学的基因,也充斥着法律观念。它确实探讨正义,包含具体法律问题以及对于社会的理性分析或者说哲学思考,同时它又瞬息万变,不存在固定的模式和操作方法。如此说来,这只真老虎实在不得不令人们害怕了!但是,法哲学无论如何必须和现实相联系。因此我们浅显地说,法理学就是培养我们认识法律,完善法律,实现法律一系列能力的学科。就认识法律的能力而言,就是了解法的本体、起源和价值作用;就完善法律的能力而言,就是了解法律的发展以及和社

---

① 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第251页。

② 孙笑侠、夏立安主编:《法理学导论》,高等教育出版社2004年版,第13页。

会生活、其他科学的关系；就实现法律的能力而言，就是掌握法律运行的方法和规律。如果这样“低级地”看待法哲学或者说法理学，而不是非常抽象地定义它，对法学初学者的认识过程来说，无疑具有好处。

把它当做纸老虎，拆开，就会看得更清晰。

## 2. 有翅膀，总会飞——法学教育散谈

打跑了老虎，笔者还要谈谈长翅膀的问题。翅膀，其实就是法律教育所带来的良性结果。中华民族无疑是智力高超的民族，但是智力再高超，也必须通过教育来栽培。正确的法律教育给予我们翅膀，有翅膀，总会飞，哪怕暂时不高。

中国法学教育之路落后于西方他国应是近代以来的事情。当代中国的法学教育，也仍艰辛困苦，道路崎岖。国民党政府迫害先进，扼杀志士，确是事实。然在法律教育上，笔者终觉可圈可点，应得继承。而其统治者一声令下，六法全废，我们无不叹息。此举应是大陆当代法律落后之伊始。新中国成立之后，追随苏联，苏联虽公法私法不分，立法显然重公偏私，但也是制度国情所致。因此我们倾向苏联，也算得上是“德国后代”，大陆法系之新星。可惜好景不长，待到“十年黑暗时期”，法律便成了反革命者的武器，不谈法学教育，法学工作者都大受迫害，丧失了很多人才。此时笔者不禁想起前些时候去世的罗马法专家——周栒老人。应是属于受害者之一了，即便是平反后，他也似乎没有受到重用。也只有安徽大学，成了这位罗马法专家所待的地方。思绪放前些，《南方周末》

也有过一篇文章,好像叫《被遗忘了三十年的法律精英》,或许是笔者世故不多,阅历浅薄,总觉得不是滋味。徐国栋教授在法律思想网论坛上明指周栒的知识过时,笔者因而也建议过徐国栋教授应当注意“竞业何必禁止,师德并于学问”<sup>①</sup>。动乱过后,道路渐渐平坦,依法治国的治国方针被提上日程,然而以德治国的后来者,似乎又扰乱了法学家们的视线。幸得依法治国已成趋势,脆弱的法治进程未受阻碍。直观地评估中国法治状况自然是“星星”的,“燎原”暂且还谈不上,然对比以往,确实进步颇大。无论是立法执法司法,跃进是显然的。公民的法治意识,也随之袅袅。难怪许多法学家将现在称为:“历史上最好的时刻。”笔者相信这个“最”字也将会是“最上加最”。因为按照马克思主义哲学发展的观点,总会是越来越好的。量的增加大家都看见了,而涉及质的飞跃,或许尚待时日,“白大褂事件”仍在眼前,中国政府份内之事还很多。教育能为之事,现实未必能够。“运筹课堂,未可决胜千里之外也。”笔者随兴所至,忽而想到法学教育是否应该开设“中国法制史”以及“中国法律思想史”等历史性很浓的科目?那也许就真的需要学习分析一下中国古代是否真的存在“法律”了。依照马克思给法律下的定义,则中国古代显然是存在法律的。国家的出现,统治阶级的分化,显然“统治规则”就随之形成了。法律的历史分析方法,也必然决定了需要开设法史类的科目。

---

<sup>①</sup> 笔者在法律思想网论坛帖子。

无疑法制史方面的法学家们显然是站在马克思一边的。要考华东政法学院在学子们,就必须认清这一点。但是笔者很不好意思地认为马克思给“法律”下的定义,是不全面的,他似乎忽略了被统治阶级的利益权衡体系。其实,统治阶级的统治工具说,应当是会过时的(依马克思给“法律”下的定义,是阶级统治学说,但“社会法”的出现,“统治性”大大减弱,并可能消亡)。人文主义的发展,社会本位的崛起,利益保障体系的形成,社会福利制度的建立,不是用“统治工具”就可以解释的。历史分析方法也并不等于“历史法律分析方法”。因此,开设历史课就够了。或者把法史类科目改个名字,比如可以称为“中国制度史”或者“中国历代行政史”等等,不必挂上“法律”字样。(当然,这只是看问题的一个方面,作为法科的学子,笔者还是承认法律的历史性的。)实际上,笔者的“野心”还不止于此,笔者甚至残酷地想过仅将现在所称的私法和社会法归入法律中,而将公法排除出去,因为笔者认为刑法是制裁手段,行政法是施政方式,经济法没有调整对象。与法律本身具有的正义公正的含义有些差别。但是这样缺乏理论和实践的幼稚想法显然是会马上被扼杀的。并且,笔者觉得对于“法律”这个词语的诠释多种多样,不一定能够形成统一的规律。就如人人熟悉的道德的内涵不容易确定一样。再比如一国采“阶级统治说”为法律的定义,那么很难说道德规范不是法的内容。因此一国采取怎样的解释,就将这个解释运用于法治实践中,形成相应的法律部门。结果法律部门也并不

需要统一一致。这样看来,是否把刑法、行政法、经济法归入法律的范畴全由一国的法律传统和对法律的诠释所决定。漫谈的混乱思维,就先止于此了。

在此,笔者不得不抄袭些他人的观点,来说明法学教育的基本情况:法学教育的内容包括传授法律知识、训练法律思维、培养合格法律人才。它的定义涵盖了对法律职业的认识,即通过法学教育使学生掌握法律角色的参照系,懂得作为一个法律工作者在其所处的位置上对外观察问题的方法、观点以及独特的思维方式。我国法学教育中出现的问题大致有:人才培养僵化,专业设置过于狭窄,课程体系从科学性看相当零乱,从容量上看却又庞杂无边,教学内容陈旧,教育方法缺乏科学性,教师人才缺乏,或者说学校之间差别很大。但是,事实上其中一些问题,通过学生自身的努力,还是可以克服的。笔者认为最严重的问题是:法学基础理论的幼稚化和教育缺乏实际联系性两个问题。

第一,法学基础理论的幼稚化。用我国的法理学教科书作为例子,不难看到“资本主义的民主是虚假的,制度是丑恶的”这样的话语。相反的,像“社会主义是虚假的,打倒阶级敌人”这样的语言你却绝对不会在西方的法学著作中发现。而事实上,我们今天的法律制度,真是像苏力所说的本土资源吗?笔者倒认为是对西方的移植占了很大的比重。一方面指责人家是丑恶的,一方面又拿来再拿来,笔者总觉得如此定义的学者是在抽自己耳光。且不谈国事,接着说第二点,就我国的法学教育模式而



言,我们太过重视理论的训练,而忽视了实际操作技能的训练,在教学模式中所采取的方法多为硬性的理论灌输。虽然一些学生通过勤奋的学习,有了扎实的理论功底,但可惜的是却不知如何在实践中使用这些理论。同时也存在缺乏教学中的启发性、互动性和试验性的教学模式。更有必要大力加强案例教学法的应用。有一个现象,越是有水平的教育者越是喜欢采取讲座式的教育方式,讲座形式的法学教育应是值得提倡的,大陆法系多是采用讲座形式的。大陆法系中采用讲座形式的原因有三点:(1)大陆法强调系统性、抽象性、理论性、概念化、科学性、形式结构和纯粹性。因此法学教育也要系统地传授这些系统理论,而不能依靠学徒式的传授方法。(2)大陆法律的成文化也为这种系统的教育提供了现成的材料。(3)大陆法系的法学教育的性质是一般性的人文科学教育,而非法律职业性训练。此外,还有学者认为应当将哲学纳入法学教育之中:“与过去相比,在法官和律师中间已经有了更多的哲学辩论,在法学教育中也是这样……就应当在更多的法学院中开设更多的道德哲学和政治哲学这门课……”<sup>①</sup>

笔者此处还要讨论一下中国目前兴办的“法律专业”是遍地开花还是杂草丛生,而法学教育应是杂草丛生

---

<sup>①</sup> 德沃金:“我们的法官必须成为哲学家吗?他们能成为法学家吗?”,傅蔚冈、周卓华译,载《清华法学》第五辑,清华大学出版社2005年版,第44页。