

Xiandaihua Yanjiu Daolun

Zhongguo Minfa

中国民法现代化 研究导论



中国民法现代化不仅仅是制度的现代化，
还是理论、司法、民众观念
以及法治社会基础等诸多方面的现代化。
这些方面的实现建立在了解中国民法现代化的起源、发展和现状，
分析中国民法现代化的目标，
探索中国民法现代化的困境与现实进路之上。

辜明安 著

西南财经大学出版社

中国民法现代化 研究导论

中国民法现代化不仅仅是制度的现代化，
还是理论、司法、民众观念
以及法治社会基础等诸多方面的现代化。
这些方面的实现建立在了解中国民法现代化的起源、发展和现状，
分析中国民法现代化的目标，
探索中国民法现代化的困境与现实进路之上。

辜明安 著

西南财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国民法现代化研究导论/辜明安著. —成都:西南财经大学出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 81088 - 886 - 8

I. 中… II. 辜… III. 民法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 165610 号

中国民法现代化研究导论

辜明安 著

责任编辑:杨爱东

封面设计:杨红鹰

责任印制:封俊川

出版发行:	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址:	http://www.xcpress.net
电子邮件:	xcpress@mail.sc.cninfo.net
邮政编码:	610074
电 话:	028 - 87353785 87352368
印 刷:	郫县犀浦印刷厂
成品尺寸:	148mm × 210mm
印 张:	6.5
字 数:	125 千字
版 次:	2008 年 1 月第 1 版
印 次:	2008 年 1 月第 1 次印刷
印 数:	1—1000 册
书 号:	ISBN 978 - 7 - 81088 - 886 - 8
定 价:	15.00 元

1. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。
2. 版权所有,翻印必究。

世界有一个秩序,一切事物之间存在着一种联系,任何事情的发生无不有一个原因;凡发生的事情,无论是宗教的还是世俗的,都有可能对它提出问题,进行分析,迫使它呈现出奥秘。任何思想都是活动的,任何知识状况都不是终极的。

——詹姆斯·奥康内尔^①

^① 詹姆斯·奥康内尔. 现代化的概念[M]//[美]西里尔·E. 布莱克. 比较现代化. 杨豫,陈祖洲,译. 上海:上海译文出版社,1996:25.

前言

现代化或现代性，在过去和当下都是我国无论是精英抑或民间谈论的不尽话题，也是百余年来，先进和追求上进的中国人孜孜以求的目标和挥之不去的梦魇。从魏源、林则徐到康有为、梁启超、孙中山；从毛泽东到“后毛泽东时代”的人们；从“师夷长技以制夷”式的富国强兵之梦到变法图强的落魄与悲凉；从“白猫”“黑猫”论的探索与改革到“开创社会主义现代化建设新局面”的社会发展观；乃至如今在“科学发展观”导引下，构建“和谐社会”、谋求社会全面进步的图谋与理想，无不渗透着国人的现代化情结。然而，迄今为止，现代化之路虽不如古人感叹“蜀道”之难，但历经百余年奋斗，其愿景和蓝图似乎并未真正实现^①。

^① 参见《中国现代化报告2005》。该报告指出，中国现在仍属于经济欠发达国家，与世界经济先进水平的差距还在进一步拉大。虽然这一报告在研究进路、方法等方面似乎有可病诟之处（童大焕：这样的“现代化研究”免做为好[NIOL]，南方周末，2005-03-03（B14）），但其所指出的一个基本事实是我们不能否认的，至少，我们与现代化的国家在各方面的发展水平相比，都有不少差距，值得我们进一步总结和反思，没有任何掩饰的必要。对于中国社会的发展状况，曾经有国外学者作如此评述，“按发展和成熟的几乎任何一项标准来衡量，中国至少在2000年内如果不是唯一领先的文明社会，

可喜抑或可悲的是，历经风雨，人们在体会到“发展才是硬道理”的真切意义的时候，更觉悟到，在中国社会的发展进程中要有好的秩序和局面，要使我们历经艰辛的建设成果得以巩固，没有法制不行^①。于是，法制建设在今天被提到了一个前所未有的高度，甚至将“依法治国，建设社会主义法治国家”作为执政党的执政方略，并强调在2010年形成有中国特色的法律体系。在这种背景下，“法治”便逐步成为社会主导性的流行话语。

然而，中国历史上虽有法制而并无法治的传统，似乎总让人平添几多踌躇。我们知道，即使某朝某代开始的“法

也是领先的文明社会之一。中国人在治理一个幅员辽阔而人口众多的社会方面，既无可与平，更无出其右者，中国人此前在同化域外异族及其观念方面，也表现出他们是变通灵活的。然而，当现代化的各种模式在世界上展现时，中国不但未能跨入先进者的行列，而且一百多年以来，甚至时至今日，他也未曾展现出任何堪称……所谓‘成功的后来者’的迹象”。[美] 吉尔伯特·罗兹曼：《中国的现代化》[M]。国家社会科学基金“比较现代化”课题组，译。江苏：江苏人民出版社，2003：1。

① 学者们总是不忘批评中国法制发展是一种“工具理性”使然，其实，人们对其他事物的选择也很难摆脱这种所谓的“工具理性”，因此，问题不在“工具理性”本身，关键是如何对待并促进其发展与完善，改变其作为“工具”的用途。

治”话语或“实践”，也最多是“人治底下的法治”，而非在崇尚法的统治和权威之下的具有深切理性和底蕴的法治^①。这种先天不足，在由法制而至法治的建设道路上自然会表现出来，从而使“法治”的发展更显其曲折与艰难。然而，纵观社会进程与浩荡的世界潮流，我们似乎并没有别的选择。这似乎在无意间应验了“世界潮流，浩浩荡荡，顺之者昌，逆之者亡”的先验之论。主动寻求发展也好，被动到无可奈何的别无选择的选择也罢，可以说，社会的发展已使我们没有理由对法治的现代发展无动于衷，套用一句耳熟能详的话说，法治的发展与现代化“是历史发展和社会进步的必由之路”。当然，在法治发展的进程中，作为法治基础的法制——法律制度体系自然也必须发展；换言之，法制也必须实现其本身的现代化。正因为如此，法制现代化一时间成为人们津津乐道的话题。

应该承认，在法制体系中，民法无疑处于核心的地位，而且在一定程度上是一个国家发展、开化或者落后、封闭

^① 郭道晖：法治与“人治底下的法治”[M]//郭道晖：法的时代精神。湖南：湖南出版社，1997：493。

的标示。有著名学者曾经这样认为，一个国家文明程度的高低，看它的民法和刑法的比例就知道。大略说来，未开化的国家民法少而刑法多，开化和文明的国家民法多而刑法少^①。这种说法未必准确，但大致可以反映民法在社会生活中的基本作用。毕竟，民法关乎每一个人的人身、财产等具有切身利益的方方面面。休谟指出，人身安全、财

① 这是梅因先生在其名著《古代法》中讨论“侵权和犯罪的早期历史”时提出的观点。梅因写道，“大体而论，所有已知的古代法的蒐集都有一个共同的特点使他们和成熟的法律学制度显然不同。最显著的差别在于刑法和民法所占的比例。在日耳曼法典中，民事部分的法律比刑事部分范围要狭小的多。……只有“十二铜表法”（这是一个具有伟大法律天才和一个温良风俗的社会的产物）中，它的民事法律才有些象其现代的先例；但是损害救济方式所占的地位，虽然不是异常巨大，但却是相当大的。我以为可以这样说，法典愈古老，它的刑事立法就愈详细、完备。这种现象常常可以看到，并且这样解释无疑地在很大程度上是正确的：由于法律初次用文字写成时，社会中经常发生强暴行为。……文明社会所施行的法律的民事部分，有十分之九是由“人法”、“财产和继承法”以及“契约法”组成。但是很显然，当我们越接近社会的萌芽时代，这一切法律学领域就愈缩小到更狭小的范围之内。……因此，纵使使我们不应冒昧的宣称在国家的幼年时代总是一个无法抑制的强暴时期，我们仍旧应该懂得为什么刑法和民法的现代关系竟在古代法典中颠倒过来”。梅因·古代法[M]．沈景一，译．北京：商务印书馆，1996：207-208.

产保障和契约责任是文明社会的基石。对人身、财产和契约的尊重是法律和正义不证自明的基础。^①民法正是以协调这些“基础”关系为其使命，并以这些构成其法律制度的体系。

因此，在人们的权利意识已经抑或正在被开启的时候^②，作为权利法的民法以其独有的理论和实践魅力顺理成章的成为人们关注的法域。于是，关注民法的发展自然是必然的逻辑。也正是如此，当新一轮的民法典编纂工作启动，在《合同法》、《物权法》成功制定，《民法典》离我们似乎只有一步之遥的时候，人们对中国民法与民法典

① 休谟·人性论。Selby - Bigge ed., Oxford, 1888, p526. 参见 [美] 查尔斯·弗里德·契约即允诺。郭锐，译。北京：北京大学出版社，2006：1.

② 其实人们追求权利就是追求幸福和对幸福的保障，基于一种对美好生活的近乎本能的渴求，我不认为人们对权利会无动于衷；相反，那种经常批评国人权利意识淡漠的观点倒是应该反思。到底是人们权利意识薄弱，还是在中国谋求权利的代价过于巨大，从而阻挡了人们追求权利的脚步和进取心？即使如此，人们在最为无奈的境况中，不也还会发出“苍天在上”的呼喊吗？更不要说那无数次或朴素或理性的革命与暴动了。从这个角度，笔者更愿意相信，中国人从来不缺少对权利的希冀，缺少的是对权利有效保护的制度与机制。因此，与其空泛的谈论人们的权利启蒙，不如对权利保护的制度安排进行反思和完善，使人们能体会到作为“主人”享受幸福生活的滋味。

更寄予了无限的希冀。我国民法学者王家福教授更直接断言：“一个国家民法健全与否直接关系到这个国家经济发展，涉及到这个国家社会的进步和人民的幸福，影响到这个国家的前途与命运”。^①是的，民法学者们重视民法和民法的作用。其实，在一个具有成文法传统的国家，制定民法典完善民法一直是学者的夙愿^②和民众的希望。如果将民法对个人权利保障与社会民主政治联系起来，视民法典为中国实现民主和宪政的基础也未尝不可。

也许民法典不能承受如此之重。但是，伴随着中国社会的转型，中国社会的全面现代化似乎已经成为一个现实诉求。因之，中国法律以及中国民法发展走向现代化也同样蕴含着某种历史的必然。基于如此的逻辑演绎，我们似乎有理由认为，民法（法律的和法学的）现代化是一个不可回避而且必须予以重视、认真对待并着力研究的重大问

^① 王家福．21世纪与中国民法的发展[J]．法学家，2003（4）．

^② 在《中华民国民法典》制定完成之时，当时的法律学者们可谓兴高采烈，欣喜之情溢于言表的宣示，“中国已为一个有民法典的国家了，这是在法制史上何等重要、何等光荣的一页”。吴经熊．法律哲学研究[M]．上海：上海法学编译社，1933：27．

题。如果说清末改制是我国法制（当然包括民法）现代转型的开端，民国立法是中国民法发展的重要阶段，那么，当下与市场经济和全球化相联系而对民法的客观需求，则是我国民法发展、完善并实现现代化的“天赐良机”，其无疑将在我国民法发展进程中具有划时代的意义。如若果真如此，应该说，对于民法、民法学和民法学者来说是一个难逢的机会。凡事总是“机遇与挑战并存”，如果我们能够抓住机遇，深入研究，从理论和立法上尽快出一批高质量的成果，必将促进民法在我国的新发展，更好地满足人们对权利保护和利益调整的法律制度诉求，其意义想必是既深且远，对社会发展也可能起到良好的推动作用。总之，“21 世纪呼唤中国民法进一步现代化”。^①

当然，民法的现代化如中国社会的现代化一样，不仅仅是一个简单的话语表述问题，涉及到理论的发展、立法进程、司法的改进以及人们观念的更新等诸多问题和环节，更涉及法治的社会基础的塑造等。这是一个宏大的课题，对其非专门的研究不足以清楚地阐释，也决非一人之力所

① 王家福．21 世纪与中国民法的发展[J]．法学家，2003（4）．

能逮，似乎并不是一个通常“作文”的恰当选题。更重要的问题可能还在于，法制现代化是否就一定使民法现代化，法制作为一个系统，民法是否为其子系统，或子系统是否就一定与系统本身完全协调一致还是应该具有一定张力？我国从清末改制到民国时期民法法典化的完成，是否已经完成了民法的现代化。换言之，民法现代化是否是一个伪命题？对于如此疑问，也许本人无力对此作出完整有力地回答，但本人坚信，对事物的好奇以及由此引致的探索，也许比最终能否给出令人满意的答案更为重要。

基于此，本人不揣浅陋，以“无知者无畏”的勇气，斗胆对“民法现代化”这个问题作一些力所能及的探索，并企盼着能尽到自己的一份心和力，仅此而已。正是出于上述考虑，笔者在本文中，试图尽其所能就现代化与民法现代化及其意义、我国民法现代化的历史进程、现实状况和基本目标、以及可能面临的困境与进路等基本问题作初步思索和分析，并期待为今后进一步研究略作准备——如果这个题目还有进一步探究必要的话。当然，若能以此抛砖引玉，引起有识之士关注，则是本文的意外收获。

目 录

前言 1

第一章 引论 1

第一节 中国民法现代化的话语背景 2

第二节 中国民法现代化何以可能 20

第三节 坚持中国民法现代化发展路径的意义 34

第二章 中国历史上的民法现代化 37

第一节 从清末改制到民国立法 39

第二节 我国民法现代化发展中的继受与整合 44

第三节 简短总结与反思 66

第三章 新中国民法现代化的断续及其现状 75

第一节 我国民法现代化的阶段性及其断续 76

第二节 我国民法现代化的现状分析 98

第四章 中国民法现代化的基本目标定位 114

第一节 民法的现代性与民法现代化的目标 115

第二节 我国民法现代化目标的基本特征分析 119

第三节 我国民法现代化与人的现代化及民法学的
现代化 141

第五章 中国民法现代化的困境与现实进路 150

第一节 我国民法现代化所面临的困境 151

第二节 实现我国民法现代化的若干进路探索 160

第三节 制定民法典对我国民法现代化的意义 167

结语：民法的发展与我们的贡献 177

参考文献 181

引 论^①

尽管我们习惯表述中的“现代化”一词，在理论和学术上是一个争议颇多而又无法回避的话题，当它与诸如“后现代化”、“本土化”等概念相联系时，更使人们眼花缭乱。但是，在我国社会独特的历史进程中，法制的现代化似乎是人所公认的，由法制而法治似乎也是不需要太多论证的命题——尽管其实现的过程并不是一件自然而然的事情。然而，与人们生活有着密切联系的民法的发展与现代化，却见仁见智，不一而足。人们可以肯认民法的发展和完善，可是对“民法现代化”这一命题，却从各自角度提出看法，甚或否认其命题的真实性。因此，面对经济、社会与法制现代化的大背景，如何理解民法现代化的特殊语境，这是我们谋求民法发展和现代化必须首先解决的问题；否则，谈论民法现代化无异于自说自话。

^① 本部分内容，是以笔者发表在《社会科学研究》2004年第4期上的文章“中国民法现代化研究引论”为基础写成的。

第一节 中国民法现代化的话语背景

在我们日常的话语中，很多时候对我们所使用的概念的界定是并不十分清楚的，尽管很多时候它并不妨碍我们对问题的讨论，但总给讨论带来麻烦。“现代化”就是这样一个概念。因此，在我们对论题展开讨论以前对其含义进行界定，应该是必要的。

英国历史学家托尼曾经写道：“‘现代化’是一种通用却又意义不明的表达。”^① 实际上，英语 Modern 一词早就存在，它源于公元四世纪出现的拉丁语单词 “modernus”，其最初仅是用来表示时间状态的概念，是一种人们经历着的、当下的时间段。也就是说，从语义上讲，Modern 是指“近现代”这一历史空间。^② 文艺复兴以来的欧洲历史学家将君士坦丁堡自 1453 年陷落之后的历史，称之为“现代史”，用以将他们的时代与他们所称的“黑暗中世纪”相区别，说明历史的进程，包含着人类历史是不断发展进化的过程的意义。十月革命后，前苏联历史学家认为开始了一个新时代，于是把 1640 年英国资产阶级革命开始后至十

① [美] 芮玛丽. 革命在中国 [M]. 耶鲁大学出版社, 1973: 31. 转引自钱乘旦, 陈意新. 走向现代国家之路 [M]. 四川: 四川人民出版社, 1987: 11.

② [德] 阿图尔·考夫曼. 后现代法哲学 [M]. 米健, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 3.

月革命前的历史称之为“近代史”，而将十月革命后的时代称之为“现代”。于是有了所谓“近代”与“现代”的分别。由于受前苏联历史分期的影响，1949年后的中国学者也如此这般的使用了“近代”和“现代”这两个概念。在日本，“近代”和“现代”两个词经常通用，因此，其“现代化”也常称为“近代化”，所指通常是明治维新开始所发生的历史变化。

从学者通常的表述看，西方学者对历史的界分以及对 Modern 一词的使用并没有作太细的区别，也可以说，他们使用的 Modern 一词，包含了我们通常所说的近代和现代的意义。^①但其最初确有相对“过去”、“传统”的意思，用以界分时间，是指相对于“过去”而言的“现在”或“当下”。当然，人们不会仅仅从时间界分角度来使用这一词语，否则不会引起诸多的论争。除了时间的意义以外，学者往往将“现代”一词更多的用以表征我们这个历史时代特色的一种“文明的形式”，赋予其以价值内涵。似乎蕴含着现在的事物状态，甚至有“比过去更新、更好、更进步”的意思，甚至有“时髦”（fashionable）或赶得上时代（up to date）的意味，^②用以区别于已经“过去”的文明形势和时代特征。它虽因地区情况、特定的文化历史以及被引入的时期等不同而有所不同，但其仍以一种综合性的特

① 钱乘旦，陈意新．走向现代国家之路 [M]．四川：四川人民出版社，1987：10．

② 谢立中．“现代性”及其相关概念词义辨析 [J]．北京大学学报：哲学社会科学版，2001（5）．