

民法现代性与 制度现代化

主 编 马新彦

副主编 李建华

MINFAXIANDAIXINGYU
ZHIDUXIANDAIHUA

吉林人民出版社

民法现代性与 制度现代化

主 编 马新彦

副主编 李建华

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法现代性与制度现代化/马新彦主编. —长春:吉林人民出版社, 2002.7

ISBN 7-206-04031-4

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 054683 号

民法现代性与制度现代化

主 编	马新彦	封面设计	张 迅
责任编辑	刘树炎	责任校对	晓 君

出 版 者	吉林人民出版社 0431—5649710 (长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社 0431—5638605 010—63475245
制 版 者	吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者	长春市第九印刷厂

开 本	850 × 1168 1/32	印 张	18.75
版 次	2002 年 12 月第 1 版		
印 次	2002 年 12 月第 1 次印刷		
字 数	433 千字	印 数	1—4 000 册
标准书号	ISBN 7-206-04031-4/D·1012		
定 价	30.00 元		

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

目 录

一、民法现代性

中国民法的现代性	1
契约自由本体论	23
现代私法上信赖规则之比较观	42
法定代表人与法人的关系新论	84
隐私权的法律保护	98
流质契约论	130
相邻权与地役权关系的当代发展	191
房屋按揭的理论与实践	243
默示条款与合同解释	282
合同法定形式的效力	295
网络时代转承责任	315

二、民法制度现代化

占有制度与中国物权法	384
知识产权与占有制度	425

物权凭证项下动产物权的变动	442
抵押权次序的变动	461
利益衡平视角下的抵押物转让规则	493
储蓄合同的理论批判与制度重构	508
TRIPS 协议中的知识产权民事救济机制	565
入世后我国知识产权法律保护制度的发展	578

一、民法的现代性

中国民法的现代性

——民法典立法基调前瞻

李建华 蔡立东 董彪^①

“自从世界进入工业化时代以来，各个国家都毫无例外地面临现代性的挑战，尤其是那些传统深厚的文明古国”。^② 中国正是如此。在此背景下，中国民法的现代化作为一系列复杂社会因素促成的产物，具有深刻依据，且不可逆转。实现法律的现代化，以现代化的法律促成并维护社会的现代转型，已经成为中国法治建设的不归选择。在全球现代化甚嚣尘上的今天，无论我们给出什么样的理由来解释中国人对民法典的想象和渴望，其本质仍然没有逃离现代化编织的普遍主义的功利罗网。^③ 囿于大陆法系的法治传统，中国民法的现代化必然要以现代化、体系化的成文民法典为载体。但中国的民法学者在向着既定目标奋勇前行的

① 法学博士，吉林大学法学院教授；蔡立东，法学博士，吉林大学法学院副教授；董彪，吉林大学法学院民商法硕士研究生。

② 张博树：《现代性与制度现代化》，学林出版社1998年版，编者前言语。

③ 肖厚国：《民法法典化的价值、规式与学理》，《现代法学》2001年第2期，第7页。

步伐中，却时时刻刻都能感受到特殊的来自民法现代性问题的羁绊，斩不断、理还乱，使他们经常产生壮志难酬的感慨。本文拟从分析中国民法现代化的背景出发，反思中国民法的现代性问题，提出缓和民法面临的悖论和加快中国民法现代化进程的策略性建议。

一、民法现代性问题及其具体表现

现代化表征一个社会急剧变动的过程，现代性则表征现代社会的属性。因此，法的现代化就是使社会生活中的法具有更多的现代性，更多地体现现代社会法的特征。对于法的现代性因素，较为全面的概括是：①公开性。法律的内容、法律制定与实施的过程应该向社会公开。未经公开的法律，不具有法律效力；②自治性。法律是一套独立的并由专门的机构运用专业知识加以适用的规则体系，法律活动成为一个独立的专业领域；③普遍性。法律调整的是一般人的行为，其价值内涵是法律面前必须人人平等，反对并消除特权现象；④层次性或称道德性。法律必须具有一定的内在的道德性，即法律必须符合一定社会特定历史时期普遍的价值准则，并与人类社会最低限度的价值观念保持一致；⑤确定性。法律的内容、至少它的中心含义应该尽可能明确、无歧义，能够给社会带来更多的稳定和安全，而不应模糊不定、自相矛盾、过于原则，不确定的法律只能给社会带来不确定；⑥可诉性。法律具有被任何人在法律规定的机构中通过争议解决程序加以运用以维护自身权利的可能性；⑦合理性。现代社会的法律机制必须成为由法律职业者操作的、符合一定理性原则的秩序机制，具有高度的专业性和技术性，从而能够增加个人行动的可计算性；⑧权威性。现代社会的法律就外在强制的效力而言，在社

会生活规范体系中应该具有最高和核心的地位，具有不可忽视、不可冒犯的最高权威。^①

法律的自治性、普遍性、权威性现代性品格表明，法治现代化的核心是对形式合理性的追求和张扬，形式合理性是法治现代化结出的硕果。法治现代化的过程就是形式合理性变成自在自为的主体的过程。因此，法律的形式合理性是法治现代化的一个基本的起码要求，是否以形式合理性或程序化的制度安排作为法律运作的原则，这确乎构成了法治与恣意的人治之间的基本区别。^②值得注意的是，法治现代化的历史实践证明，法律建构于非人格的关系之上，法律是无感情的，是以形式上正确合理的程序制定出来的，因而成为每个人行为的一般模式，从而使人的行为及其后果具有可预测性；但是法律从来没有放弃对诸如正义、平等、自由、安全、利益等价值的忠诚，从来都把对价值基本原则的阐释、维护和实现作为自己的宗旨。没有价值底蕴的法律，其自身合法性必然遭到质疑，无法赢得人们的信仰，也就无法发挥应有的调整作用。现代法律张扬形式合理性，仅仅是转换了人类追求美好价值的方式，试图通过凝固的智慧、而不再依赖不可靠的人，使这些价值得到普遍的实现。法律的形式合理性是我们破解现代法治及立基于其上的资本主义经济取得巨大成功的法门。

法治理想得以巩固的主要时期，乃是 18 世纪上半叶。当时法治的理想正逐渐的渗透进入人们的日常生活实践之中。^③ 可

① 参见葛洪义：《法律与理性》，法律出版社 2001 年版，第 5-6 页。

② 公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 79 页。

③ [英] 哈耶克：《自由秩序原理（上册）》（中译本），三联书店 1997 年版，第 215 页。

见，现代法治的物质基础是 19 世纪以前的社会经济生活，总的看来，当时是资本主义市场经济平稳发展的黄金时代。政治上的相对稳定和经济的平稳发展，要求法律秩序的稳定，要求确保法的安定性，使市场参加者可以进行计划、预见自己行为的法律上的后果。这成为现代法治凭籍形式合理性取得巨大成功的约束性条件。这种生活条件下，法律通过对形式合理性的张扬，就可以自然而然地实现它所追求的价值。

而 20 世纪以后的世界则演变成为一个极度动荡的、高度分化的、急剧变化的、各种矛盾冲突空前激化和各种严重社会问题层出不穷的极不稳定的世界。转换了的社会基础使得现代法治对形式合理性的张扬与其追求的价值出现了断裂，形式和价值的割裂必然要导致致命的问题，绝对地追求形式合理性，不正义的内容也能合理。这就是法的现代性问题。集中体现为由于缺乏对地域性知识、特殊性问题以及非正式规范的关注，现代法治一味追求形式合理性，使得其自身的合法性受到广泛的质疑，如优势群体在法治的旗号下对边缘群体的“合法”压制。

民法的现代化既可以指称其现代性不断增强的过程，又可以指称其具备现代性的状态。作为原型意义上的现代民法是西方文明的产物，具有鲜明的现代性品格。

首先，现代民法以抽象的人格为逻辑前提。民事主体制度无视主体的丰富个性，确立了民事主体普遍的权利能力。这种普遍抽象的权利能力涂除了人身上的一切经验因素，主体的个性被熨平，感性的光辉被褪去，所有的人均被抽象为“人”这一类的存在。他不知道农场主、手工业者和工场主、企业主，而只知道完

完全全的法律主体，只是人，而且它视这种认为绝对自由的人。^① 生活世界中人的千差万别，完全被抽象掉。民事主体实现了对人的简化和高度划一。唯如此，主体自我才能成为衡量一切事物的标准，而且对其自身的行为和社会地位负责。人类历史才能实现从身份到契约、从归功上帝到追求自我成就的发展。

其次，现代民法以民法典为基本载体。完备的民法典是大陆法系的一个基本特征，在大陆法系只有通过制定民法典才能实现法治现代化。民法典是实现法治追求的主要途径。现代民法以形式合理性作为贯穿民法制度设计始终的基本宗旨。民事主体被假定为理性人，民事行为被假定为理性行为，行为标准被假定为理性人标准……。关于“理性标准”的假设是民法体系的基石，正是基于这些假设和抽象，民法完成了对生活世界的简化，建构了民法的大厦——民法典。民法典按照形式合理性的要求，全面规范了私人生活，将公权力阻隔于私人生活之外，制造了一个完全属于市民的法律空间，为个体追求自由、知识、财富、幸福创造了平等的条件。

再次，现代民法以普适主义的普遍性知识消释地方性知识。现代民法是由理性人、法律行为、法律关系等概念、原则、制度在抽象的人性、普适的自然法精神的基础上建构的，它是启蒙思想的“自由、平等、博爱”观念的具体化，它以个人主义、自由主义为旗帜，高扬人的主体性，强调人格独立、个性张扬，它可以游离于形形色色、多样化的社会生活。民法知识被视为是一种普遍性的知识，“放之四海而皆准，行诸万世而不惑”。相应地，在普适主义的笼罩下，地方性知识往往被视为进步的障碍。穗积

① [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》（中译本），中国大百科全书出版社 1997 年版，第 66 页。

陈重在研究罗马法对德国民法的影响时,就指出“罗马法系经学理的研究之世界帝国法,而德国法则系成于种族习惯的自然状态之限人、限地法。罗马法之世界统一性,其发达之基础,在于希腊斯多噶哲学之自然法说,无民族或地域之特殊性,……。故此文、野二法互相接触,恰如冷热二物相触,冷体必吸收热度,劣等文化国之必继承优等文化之法制,乃自然之势也”。^①

现代民法具有明显的现代性品格,它以法典化的制度形式展示自我,外在性、直观性追求形式合理性。当民法作为一种世界性知识向世界扩张时,它往往以与文化背景无关的纯粹的、普遍性知识体系的姿态出现。民法所追求的价值则只能是潜在性、隐蔽性的。随着社会情势的变迁,即使在现代民法的原创地——西欧大陆,其民族精神与罗马法精神、自然法思想、启蒙思想等较相契合,民法的现代性问题也开始凸现。在与西方有着不同法律文化传统的东方中国,民法的现代性问题将更为复杂。

中国民法独特的现代性问题突出地表现为以下两方面:

(一) 现代化的民法制度与人民生活的隔膜

“语言也是思想和文化传统,是文化的组成部分、标志和象征。只有把语言放在特定的思想文化传统之中,与构成文化总体的认知系统、评价系统、心态系统、行为模式系统结起来,对之进行多维、系统的分析,才能真正解决语言的内涵和意义,澄清语言混乱所引起的思想混乱”。^②因此,法律语言、法律制度必须置于特定的语境下才可能真正理解。

近年来,我国大量移植了大陆法系、英美法系的民事法律制

^① [日] 穗积陈重:《法律进化论》(中译本),中国政法大学出版社1997年版,第248-249页。

^② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮》,法律出版社1999年版,第105页。

度，初步建立了民法的体系和框架。但由于对法律语言的语境、法律制度的文化背景、价值理念的忽视，引入的制度与中国百姓的生活有相当的隔阂，制度设计的初衷与实际运作的结果相悖离，以支离破碎的概念、规则、制度建构的民事法律体系无力承载公平、正义、秩序、自由等价值理念，无法成为调整社会生活的“活法”。庞大的民事制度体系并没有导致市民社会生活的秩序化，也没有给中国百姓的现实生活带来确定的利益，民事制度的实际运作结果往往与设计初衷相背离。一个明证就是在中国正式制度建设取得巨大成就的同时，仍然大量存在着以游离于正式制度之外、甚至有悖于正式制度的“私了”方式解决纠纷的现象。“所谓私了并不是不知法，而正是在知法后对国家正式法的规避；规避至少对于多数人是一个合理的选择；在规避中，国家正式法并不是不起作用，但其作用的结果却可能和其规范取向不同甚至相反。”^①

（二）现代化的民法话语与人民生活的乖张

随着民法的现代化，民法学界对学术共同体、精英话语的追求越来越高。这种精英式话语霸权的存在在民法制度和市民社会间设置了一条不可逾越的鸿沟。“一个概念的技术含量越高，它就越远离日常生活而成为高度专门化的法律概念”。^② 法律语言的精确性、技术性、专业性要求自身与市民社会保持距离。但是，过度的精英化必然异变为神秘化，把法律弄成玄而又玄，捉摸不定的虚幻之物。制度引入过程中不顾本土资源，人为地设置障碍，别出心裁地搞精英化话语霸权，生吞活剥异质文化的法律制度以表明与传统法律文化的彻底决裂的貌似激进做法，使“中

^① 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第3页。

^② 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社1999年版，第76页。

国许多民众目前对待建的法治大厦或冷漠、或怀疑、或反对”。^①如此，民法则只能停留在文字层面，单纯作为自我欣赏的理论模型。民法应该具有高度的实践性，成为市民社会日常生活的一种行为预期。很难想象人们愿意接受一种闻所未闻或根本无法理解的制度设计作为行为预期，“私的自治的社会理想”也就成了空中楼阁。

游离于市民社会之外的民法制度还会极大地挫伤民众的法律情感。法律情感体现了社会主体对法律的心态和情感体验。“在对外保有威信，对内坚如磐石的国家，再也没有比国民法感情更宝贵、更需要培育、奖励的财产了。……法感情是整个大树的根，当这根不发挥任何作用时，它将在岩土和不毛的沙地上枯死，其它一切都将归于泡影”。^②法感情的培养有赖于法律自身的亲合力。民法倘若奉行学术神秘主义，那么就会使人们感到民法不是“人民自由的圣经”，而是权力者手中的魔杖；人们不再“为权利而斗争”，而是尽力规避法律，寻求法外空间的世外桃源。

二、中国民法现代性问题的独特背景

中国民法的现代化是在中国社会的现代化的总背景下展开的。中国社会现代化过程的特殊性，使得中国民法现代化的努力遭遇了种种挑战，具有了西方国家民法现代化过程中未曾遇到的困难。中国民法的现代性问题也由此变得十分复杂，其解决更成

^① 吕艳丽：《法学领域中的话语霸权》，《研究生法学》1999年第4期，第79页。

^② 刘旺洪：《依法治国与公民法律观念》，《法学家》1998年第5期，第10页。

为一项极具挑战性的任务。

背景之一：中国民法的现代化是我们既定的选择

近代以降，中国放弃了自己独特的古老的规范体系而被迫移植西法，在毫无准备的情况下，极不情愿地被纳入世界历史的轨道。这一移植过程虽然充满了沉重与无奈，但是自清末沈家本修律以来，中国民法的现代化形式上取得了不小的成就。1986年在中国的民法发展史上具有里程碑意义的《民法通则》颁布以来，成果更是有目共睹。介绍西方法律制度的著作、学说如雨后春笋般出现，学术上“百花齐放，百家争鸣”，盛况空前；新合同法颁布实行、物权法草案成形、婚姻家庭法修改、民法典列入立法日程，一片莺歌燕舞。但是我们惯常使用的分析方法却是脱离语境的分析实证主义研究方法，也就是，解构法典（不成文法），从法典（不成文法）中找出抽象概念，以法律学说将其类型化，并通过形式逻辑的方法构筑概念体系，进而形成规则、制度。继而进行制度对比，纯粹的制度对比研究往往流于形式，偏好形而上的思辨，陷于概念、规则、制度内部循环论证。具体制度的优越性、正当性、合理性多源于强势话语的支持，缺乏对现实生活的关注。因而只能停留在建议和呼吁的层面，无法上升为界限分明的形式及认知理论的形态。这种纯粹形式的分析技术表面上博采众家之长，对各国法律制度信手拈来，随心所欲，为我所用，实质上忽视了概念、制度在特殊语境下的功能，忽视了其在整个民法框架下的特殊意义，其结果必然是所建构的民法体系成为四不象的大杂烩。“我们不仅没有领悟概念法学的体系性以及概念法学的语言的真正力量，即便是它的最基本的概念、制度和范畴也未被我们充分理解，我们所做的一切不过是在概念法学的框架下蹒跚学步而已，还无力贡献出一套为‘法律工作者’共

同接受的有效的知识体系来”。^①可见中国民法的现代化还是一个远未实现的目标，如前所述，又是我们无法选择的目标。

背景之二：历时性问题共时性解决的窘迫

法治虽然登陆中国的历史已有百年，而且在当代中国获得了无上光荣，成为治国方略，法治话语更是取得了前无古人的风行。但是中国由于先天的局限，不可能自发产生现代意义的法治。中国建设法治国家的实践更多的是出于无奈，依凭的则是对法治的神秘忠诚与先期热情，缺乏理性的代表时代精神的理论作指导。由于缺乏对法治和中国传统文化的理性的、系统的反思与批判，真正的法治精神难以培育和建立。法治建设的种种努力必须要经受传统的前现代的精神因素的冲击。

中国长期处于以自然经济为基础的农业社会，农业是社会的主导产业，农民是社会的主体，与农业社会相适应的思维方式到今天还主导着中国人的生活态度。务农的人通常有一个确定的活动范围和明确的界限意识，有强烈的归宿感。由此形成了根深蒂固的内外有别的界限意识。内与外的分类是中国人思维的一个首要前提，根据内外之别，又形成优劣、先后、尊卑之差，构成了完整的差等格局。凡是在涉及到与外国或外国人的关系时，内与外之分是我们一切判断的不言而喻的前提。而且在中国人内部仍然存在各种“内外”关系，也很难实现平等对待。^② 十分重要的是立法的内在性质：以伦理为取向的家产制，无论是在中国还是在其他各地，所寻求的总是实际的公道，而不是形式法律。^③ 在

① 肖厚国：《民法法典化的价值、规式与学理》，《现代法学》2001年第2期，第14页。

② 参见葛洪义：《法律与理性》，法律出版社2001年版，第439—441页。

③ [德]韦伯：《儒教与道教》（中译本），江苏人民出版社1993年版，第122页。

传统的中国社会，法的正统性不依赖于一个终极根据的设定，秩序的基础是人与人之间关系中的内在的“情境伦理”和“社会交换”。^①中国的民商法中体现这种界限意识的规范比比皆是，如对国有企业的特别保护、对外商投资企业的特别优惠。

事实上，清末中国的现代化是一种防御型现代化，中心思想是一个“保”字——保种、保教、保国、保民。强烈的危机意识和忧患意识主导着中国现代化过程的现代化意识形式，民族矛盾和民族自尊心是推动中国现代化的主要动力。对法治的选择来源于其在西方社会的巨大成功，在先期热情和神秘忠诚之中多少夹杂着不情愿，至少可以说，最初的现代化在民众的潜意识里是从对现代化的敌视开始的。这种夹杂着渴求、无奈和敌视的强烈的、复杂的现代化愿望和情绪表现在法律思想领域中就体现为，既期待外国法律经验能够帮助我们摆脱各种困难，重建社会秩序，又在内心里对其持怀疑的、不信任的、不情愿的、排斥的，甚至抵制的态度。葛洪义先生把这种现象叫中国法的“现代情结”。这个现代情结，可以提供持续的来自前现代的反现代思想资源。^②现实法治陡现其真貌，尤其是法治的局限性随着时间的展开而逐渐暴露之时，就是前现代因素大举反扑之日，法治建设就要面临反复和回潮的危险，人们就可能弃法治如蔽履。

中国民法现代化的进程中不仅存在前现代因素的掣肘，而且同时遇到了后现代思想的侵袭。西方的后现代法学发端于20世纪下半叶，它是从后现代主义的哲学理念和方法进入法学和法理学开始的。这种与中国的法治建设共时性的思潮，在国门大开的

① 季卫东：《面向二十一世纪的法与社会》，《中国社会科学》1996年第3期，第106页。

② 参见葛洪义：《法律与理性》，法律出版社2001年，第438—439页。

今天，必然要对中国的法治建设产生影响。

针对西方社会法治的全面实践，后现代法学全面挑战和解构法治所安身立命的基础和原则，不仅一针见血地揭露了现代法治由于追求形式合理性所导致的负效应，而且无情地贬低现代法治的巨大成就，其后果是可能使现代法治陷入危机之中，导致人们丧失建构现代法治这一法律帝国的信心和热情，甚至产生拒斥现代法治的情绪。后现代法学对现代法治的挑战择其要者主要有三：其一，挑战法律的至上性。这方面集中地表现为新的法律工具主义的兴起。后现代法学认为，法律并非中立和客观，任何制定的规则都是以法律名义所掩盖的政治。法律成为推行某种政策的工具，政府借助法律公开介入现代法学认为政府不应该介入的领域，政府使用的很多资源和权力都是由一系列新的法律所创造和支持的。而且法律是通过法官的解释来适用的，解释者不是人民，而是法官，随着司法能动主义的兴起，法院越来越成为公共政策的执行机构或者公共政策的制定机构；其二，挑战法律的自治性。如今，对法律自主性确信的支持力量被踢开了。首先，与“意识形态之终结”相联系的政治上的共识破碎了。……自从1960年代以来，伴随政治上共识的衰落，使诸如经济和哲学（以及游戏理论、统计学、公共选择理论和文学理论）这样一些学科的兴盛，这些学科可以与法律问题相联系——并且看起来又日益增加的力量。似乎所有这些变化都还不充分，对律师根据他们自己的力量来解决法律制度的问题的确信也已被削弱。^① 法律解释的规则随着公共政策的要求摇摆，判决所需要考虑的政治因素过多而且处在变化之中，使统一的标准几乎成为不可能。为解

^① [美] 波斯纳：《法理学》（中译本），中国政法大学出版社1994年版，第537-539页。