



民法精神 与 公安工作

——以民事权利保护为中心

陈永峰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

河南警察学院科研拔尖人才支持计划项目，编号:Bjrc2012-08

民法精神与 公安工作

——以民事权利保护为中心

陈永峰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法精神与公安工作:以民事权利保护为中心 / 陈永峰著. —北京:法律出版社,2015. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8782 - 5

I. ①民… II. ①陈… III. ①民法—研究—中国②公安工作—研究—中国 IV. ①D920.4②D631

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 289934 号

民法精神与公安工作
——以民事权利保护为中心
陈永峰 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 何海刚
责任编辑 何海刚
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 16
字数 273 千
版本 2016 年 1 月第 1 版
印次 2016 年 1 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
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

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
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8782 - 5
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:45.00 元

目 录

引 言	1
第一章 民法精神散论	5
第一节 民法精神的起源	6
第二节 民法精神的概念	16
第三节 民法精神的内容	27
第四节 当代法治下民法精神的缺失	34
第五节 民法精神与法治的关系	42
第二章 民法精神与公安工作	47
第一节 公安工作概述	47
第二节 民法精神在公安工作中缺失的历史原因	59
第三节 民法精神在公安工作中缺失的现实原因	66
第四节 民法精神与公安工作的契合	69
第三章 民法精神与公安立法工作	78
第一节 公安立法工作概述	78
第二节 民法精神与公安立法工作的关系	88
第三节 公安立法工作民法精神缺失的现状其原因分析	91
第四节 公安立法工作违背民法精神的案例及其分析	95
第五节 民法精神视野下完善公安立法工作的建议	101

第四章 公安执法工作与人身权保护	115
第一节 人身权概述	115
第二节 公安执法工作与人身权保护的关系	117
第三节 公安执法工作中人身权保护的内容及问题	123
第四节 公安执法工作中侵犯人身权的案例及其分析	129
第五节 公安执法工作中侵犯人身权问题的解决对策	137
第六节 警察自身的人身权保护	140
第五章 公安执法工作与财产权保护	150
第一节 财产权概述	150
第二节 公安执法工作与财产权保护的关系	157
第三节 公安执法工作与财产权保护的现状及其原因分析	159
第四节 公安执法工作中侵犯财产权的案例及其分析	163
第五节 公安执法工作中侵犯财产权问题的解决对策	168
第六章 民法精神视角下的公安教育科研工作创新	174
第一节 我国公安教育现状及存在的问题	174
第二节 外国和我国香港地区警察教育的经验和启示	180
第三节 民法精神视角下的公安教育工作创新	185
第四节 民法精神视角下的公安科研工作创新	196
第七章 警察权控制与民事权利保障的协调机制	204
第一节 民法精神与警务现代化	205
第二节 民法精神视角下的警察权法律控制路径	215
第三节 民法精神对警察权界限的影响	225
第四节 警察权维持公共秩序的界限	229
第五节 警察权保护私权的界限	236
第六节 警察权提供服务的界限	240
第七节 当代公安工作对民法精神的呼唤	244
代后记 四十岁的沙漠	247
作者发表的与本项目有关的科研成果	250

引言^{*}

随着城镇化建设、互联网革命等一系列社会变革,经济社会建设格局之下的我国社会关系调整的复杂性、多元性以及柔性化的趋势更加明显,公安执法工作面临着更多新情况、新问题、新变化,如公安执法所依据的法律类型就正在发生深刻的变化。公安执法所依据的法律类型不仅包括行政处罚法、刑法、治安管理处罚法等公法,还应当包括作为私法存在的民法。但是,学术界许多学者在研究公安执法所依据的法律规范时,往往把目光只投在公法领域,更多地关注与公安执法工作相关的公法的修改与完善,目标是规范公安执法工作。在公安执法工作的研究领域,一大批学者专注于公法的研究并取得了丰厚的学术成果。目前,只有徐武生、吴道霞等几位专家尝试从民法精神视角来研究公安执法工作,且仅停留在公安执法与民事权利保护这一层面,即只关注公安执法工作中的民事权利保护,却没有意识到民法是市场经济的基本法,以民法精神审视和指导当前的公安执法工作,不仅可以有力地保护公民的民事权利,而且有利于警察在具体执法实践中以人为本,解决新情况、新问题,促进公安执法的公平正义,构建和谐警民关系。

当前关于公安工作的论述很多,但是著述越多越表明公安工作的问题较多,而且随着中国改革的不断深入,新情况、新问题不断出现,导致对公安工作的要求越来越高,公安工作的难度越来越大。做好公安工作绝对不仅仅是依法执法的问题,还应当包括以人为本,提供服务以及执法为民、利民、便民的问题。梦想一劳永逸地解决公安工作“一揽子”问题的想法是不现实的。当前制定民法典的工作在即。民法作为私法的代表,能否成为社会转型的助推器,在当前公安机关所肩负的时代使命背景下,公安机关是立足既存的社会状况,还是自觉适应社会转型?公安机关应如何既能保障原有的法治成果,又能顺应当代法治的发展

* 本书为河南警察学院科研拔尖人才支持计划项目的最终成果,项目编号:Bjrc2012-08。

要求?在利益冲突和矛盾不断聚集凸显的今天,我们将目光再一次转向这部从市民社会中孕育、产生,对平等的主体进行规范的法律——民法,深究其最根本、最核心的价值理念并不断强化与巩固这种理念,使其能够具体地指导民法典的制定,使民法精神根植中国现实生活,成为人们日常生活的准则,成为包括警察在内的所有人的内心信仰,从而使民法精神不再是浮于表面的抽象概念,而是能够实际指导中国的法律实践,包括能够实际指导公安工作的法律实践,最终实现高效且正当的法律秩序。

本书的重点内容分布在七个方面:一是民法的精神内涵。民法在调整人身关系和财产关系的法律规范中,处处闪耀着平等、自由、公平、诚信、尊重公序良俗、禁止权利滥用等现代法律精神的光辉。这些精神内涵对警察端正执法思想、规范执法行为、促进公安执法的公平与公正以及构建和谐警民关系,具有很强的现实意义。二是公安执法工作的根本宗旨。公安执法工作的根本宗旨是为人民服务,其重要内容是保障人民的民事权利,这就要求在执法工作的各个环节都充分体现和遵守民法的有关规定,体现民法精神。三是民法精神对公安执法工作的渗透。公安执法工作的各个环节都直接或间接地在适用民法、体现民法精神,认识到民法精神对公安执法工作渗透的客观表现,有助于执法者更新观念意识,更有助于公安执法工作的良性运转。四是民法精神在公安执法工作中的价值。公安执法实践中,无论是刑事侦查还是治安、户政、消防、交通以及出入境管理等执法工作,都会在不同程度上涉及民法的适用。适用民法,有利于警察正确行使执法权。民法是对财产关系和人身关系保护的最基本的法律,也是保障人权的基本法律。五是公安执法工作中民法适用的障碍。公安机关保障人民的民事权利大多是通过预防、制止和惩罚违法犯罪活动的日常工作来实现的。但是在这一过程中,受传统公法思想等因素的影响,民法精神的适用还存在诸多障碍。六是公安执法工作中的民事权益。民法作为一部权利法,强调人之所以为人,在于人享有法律赋予的基本权利和自由,其中最为基本的民事权益即为人身权和财产权,公安执法工作中的民事权益也突出表现为人身权和财产权。民法的权利观念不仅引发了世界各国法律的革新与进步,而且还引发了世界各国的变革乃至革命。一切社会形态都将接受民法精神的洗礼。毫不例外,我国的公安执法工作自然也需要经过民法精神尤其是民法权利观念的洗礼。七是公安执法工作中对民法适用的展望。“无论人类社会如何进步及变化,有一件事永远不会变,那就是人类的活动必然会受到某些观念的支配,进而左右他们的命运,这一些无

论古今中外都没有例外。”^{〔1〕}可见,没有观念的转变,便难以达到尊重和保障人权、严格公正文明执法等基本要求,而民法对于转变公安执法理念有着独特的作用。正确的执法理念和科学的执法意识是实现法治的前提,对公安执法活动起着统领、支配和决定作用。不仅如此,民法对于警察群体的队伍建设,对于公安执法所依据的法律规范,对于警察教育和警学研究都必将产生重要意义。

思想是人类行动的指南,是制度创新的先导。没有思想观念的转变,很难正确理解警察文明执法、人性化执法的内涵。本书的新思想及价值体现在以下七个方面:一是本书从公安执法工作与民法关系的理论分析着手,用大量的典型案例证明民法及其精神理念对公安执法工作影响至深,为警察法学研究增添了新思路。二是本书的学术价值首先在于打破常规思路探索,明确民法精神理念在公安工作中的重要作用,理顺了民法与公安执法工作的关系,为警务改革和法治建设提供了新视角。三是本书以公安执法工作为线索,重点阐述公安执法工作的各个环节中要切实保护好公民的人身权与财产权,加强公安工作对公民权利的保护意识,重视公安执法工作中民法精神的适用,为公安执法工作的法制化、现代化树立了新标准。四是本书把对于民事权利关注的目光落在作为执法主体的警察自身,重视警察自身民事权益的保护与救济,明确公安执法工作要关注警察自身这一新主体。五是本书为警察法学研究者及警务知识传授者敲响警钟,重视民法在公安执法实践工作中的研究及运用,推广民法理念,普及民法知识,创造利于公安执法工作的民法环境,为公安执法工作提出了新要求。六是本书给出了具体的完善公民权利被侵犯的救济措施和加强警察权力监督体系的建议,为公安法制的完善补充了新内容。七是本书从民法适用的角度审视了公安执法工作所依据的法律规范,对大量的行政法律规范和刑事法律规范给予了新诠释。

本书的意义在于打破常规思路,理顺了民法与公安工作的关系,明确民法精神对公安工作的积极作用,为警务改革和公安法治建设提供了一个崭新的视角。笔者试图通过对公安工作与民法精神的关系的理论分析,用大量的实例证明民法精神及其理论对公安工作的影响,并期待在民法精神的视野下,探寻在公安工作中如何实现对公民民事权利的保护。之所以选择民法精神作为语境,缘于民法精神对人的关怀的根本宗旨以及民法对市民社会变化所作出的回应更能准确地反映公安工作的问题及差距。当前公安工作不能回避的社会现象是:中国的

〔1〕 高希均:《构建一个干净社会》,三联书店1999年版,第1页。

改革开放正处于急速转型时期,利益冲突和矛盾不断聚集凸显。如何在这样的时代,实现以人为本、构建和谐社会,实现关注个体利益的同时兼顾公共利益,实现打击违法犯罪的同时兼顾为人民服务,已成为摆在我们面前不得不面对的问题。民法,一部作为与“人”息息相关的法律,在此时更应当发挥出其应有的作用。^{〔1〕}

反观我国目前公安工作的缺失以及公安实务中的不良现象,问题的存在促使我们思考:民法精神对于塑造中国当代的公安工作有何作用?公安工作应当如何回应民法精神的要求?如何将民法精神真正扎根于公安工作,并引导公安工作的发展?这些将是本书要回答的问题。

民法精神不仅是作为市民社会生活基石的民法的最高价值与终极宗旨,而且包含了人类在理性的指引下,在市民社会日常活动中所形成的价值目标、法律精神。本书将从追溯民法精神的起源展开,进而回应中国当代公安工作的现实需求,反观民法精神缺失的表现,在学习与反思的过程中,探讨民法精神如何影响公安工作。

总之,公安工作需要自觉接受民法精神的指引,以人为本,体现对人性自身的关怀,彰显执法工作的人文底蕴,以私权神圣为核心、私法自治为整体架构体系。面对公安机关所肩负的使命,民法精神的培育应当注重对公民民事权利的保护,注重在法律实践中对市民社会规则的完善。在当前建设社会主义和谐社会的伟大进程中,迫切需要公安机关从战略视野的高度构建和谐警民关系,而和谐警民关系的构建需要以新的理念、新的视角、新的方法思考和处理公安机关与公民之间的权力与权利问题。本书对于民法精神的陈述可以用八个字来总结:平等、诚信、契约、人本;同样,对于公安工作的陈述也可以用八个字来总结:保护、服务、管理、秩序。让权力尊重权利,让权力与权利在互助合作中实现“双赢”是我们以民法精神为视角审视公安工作得出的基本结论。

〔1〕 温清华:《当代法治视野下的民法精神》,广西师范大学2008年硕士学位论文。

第一章

民法精神散论

自清末以来,中国一直在向西方学习,无论是政治制度还是法律制度,上至统治者下至普通的知识分子无不在寻求富国强民之策。然而,当中国进入 21 世纪时,西方社会的一些法律制度在被大多数中国学者信奉为先进法律制度标准的同时,却留有一段遗憾,这段遗憾指作为法律思想的最高境界——法律精神被忽略或选择性遗忘。

一个完整的法秩序包含三个方面:法律精神(最高的法价值)、法律具体规定以及介于二者之间的法律原则。在我们对具体法律规定和法律原则关注过多的今天,不能忽视对处于基础、主导地位的法律精神的关注。当今中国社会的变迁,实质就是由熟人社会向陌生人社会转变的过程,由身份向契约转变的过程,由义务本位传统文化向权利本位现代精神转变的过程,也是全社会要求政府由管理型向服务型转变的过程。在此转变过程中,从形式上考察,我国的民事法律制度虽然已经初具规模,但并不能就此得出民法精神已经扎根于中国的结论,因为形式上的民事法律制度大多是具体的民事法律规定的体现,自然就缺乏法律精神与法律原则的表达。更重要的是,在没有厘清民法精神的真正含义之前,民法精神难以扎根于现实社会的土壤。只有厘清民法精神的含义,才可能促使其扎根于现实社会的土壤,并且随着时间的推移,逐渐影响到民众的意识与行为,最终渗透到民众意识中且长盛不衰。欧洲大陆的民众意识中有一种被人视为天然的民法精神意识,在笔者看来,那也是气候条件、地理环境、超级大城市的兴衰更替以及欧洲特殊宗教发展所带来的必然,如同种子已经植根于肥沃的土壤,现已长成参天大树,绝非一次厉风骤雨所能摧垮的。同时,民法精神的存在及接受与否,还决定着社会民众对法律的接受方式。缺乏民法精神的存在及接受,法律制定与修改将永远呈现为自上而下的被动接受方式,而不是民法精神兴盛的欧

洲大陆国家那样自下而上的主动接受方式。两种接受法律的方式有着根本区别:自上而下的方式将使法律备受质疑而丧失生命力,而自下而上的方式将使法律顺利推行并保持旺盛的生命力。

现代社会研究民法精神与公安工作,其实质是研究民法精神对公安工作的影响,是用民法精神的本质与要求来检讨公安工作的是与非以及不足与差距。当然,要完成这一工作,首先必须要面对一个命题:民法精神如何扎根于中国,并为民众所认知并接受;其次才能研究本书的命题:民法精神对公安工作的影响,即民法精神如何在公安工作中被吸收、内化,从而改变公民权利保护的现状。在研究这一命题的过程中,我们必然会涉及西方民法精神的孕育与发展,必然会反思民法精神植根于中国所缺乏的条件,必然会分析当代中国社会的法治建设对民法精神的需要;当然,最根本的任务是关注当代中国社会必然催生民法精神生长与繁荣的环境与条件,分析民法精神对公安工作的积极指引,讨论公安工作如何去适应民众对公安工作的需求,即适应已经逐渐被民法精神催醒的民众权利意识与诉求,使民法精神不仅植根于中国,而且充分生长,形成具有浸染影响能力的法律氛围,如此,才使本书的研究对于当今时代具有现实意义,对于公安工作具有存在意义。当今中国社会处在转型时期,法治建设的速度与效率需要社会经济文化提供条件与源动力,既适时调整,又相伴而生。当前经济全球一体化的规则已经确立、城镇化建设不仅催生新城市而且促使超级大城市出现、世界文化交流加速并相互影响渗透、互联网技术的发展使得信息发布以及流通越来越便利,所有这些都是社会经济文化发展所呈现的环境条件,所有这些环境与动力对法治建设必然既提出要求,又提供动力。而在政治建设层面,构建和谐社会、缩小贫富差距等目标的提出,是时代发展赋予政府的职责,这些目标的实现不仅需要法治建设为其创造环境,更需要法治建设为其提供强有力的保障。研究民法精神的意义在于其为中国的法治建设提供指引、支持和影响。这种指引、支持和影响对于公安工作具体表现为通过对民法精神价值与现代化的探讨,促进有效正当的公安工作秩序的形成,从而促使公安工作的升级与创新,实现法治中国、平安中国、和谐中国。

第一节 民法精神的起源

谈起民法的起源,主流的观点认为现代民法起源于欧洲,深受罗马法的影响,故探寻民法精神的起源需要从罗马城的罗马法说起。但是,部分学者认为民

法起源于西亚,因本书的目的是谈民法精神对公安工作的指引与影响,故对于两种观点不加辩论,一并述之。

一、罗马法与民法精神

谈民法,必谈罗马法,这已经成为民法学界的仪式与习惯。而谈起罗马法却还要从一个城市——古罗马城谈起。古罗马城依山傍水,且坐拥七丘之地,以东方的建筑文化视角来看,堪称是上风上水之地。探究人类历史,世界各国历史中出现的所有超级大城市无不以山水为邻,如欧洲的君士坦丁堡、非洲的开罗等,如此,看重山水不该是东方独有的文化,而应是人类为适应自然而繁衍生息的必然选择。许多城市的建立往往都会和一位伟大的君主有关,赋予古罗马城生命的是罗慕路斯。罗马人世代传承着一个经典故事,赋予了古罗马城更多的神秘性。罗慕路斯本是台伯河畔国王的后代,但是命运坎坷多舛,先是祖辈丧失政权,后又与双胞胎弟弟一道被扔到台伯河中,虽劫后余生没有被河水淹死,却又遇到饥饿的母狼,但奇迹发生了,母狼不仅没有伤害兄弟二人,反而用狼奶喂养了他们。罗马人的强悍善战看来从传说中已经给出了独到的注解。兄弟二人长大后,按照无数历史所记载的王室后代版本做了三件事:报仇、建国、称王。兄弟二人先是杀了仇人,建立了城市国家——罗马,继而罗慕路斯成为罗马的第一个国王,这个传说或者神话据说发生在公元前753年4月21日,古罗马人把这一天作为开国的纪念日。

有了罗马城,也即有了罗马国,依照君主制度繁衍的罗马国一直到公元前509年,走上了穷途末路,君主制被贵族共和制所取代,罗马由此进入法制时代。现在法学界所称的罗马法就是指这一时期一直到东罗马帝国时期的法律,即公元前6世纪末罗马奴隶制共和国形成至公元7世纪拜占庭(东罗马)皇帝查士丁尼的罗马奴隶制法。罗马法的分类有多种,从内容上分为广义和狭义两类,从形式上分为成文法和习惯法,从结构上分为公民法和万民法。

《十二铜表法》是罗马国家的第一部成文法,它主要是对前一阶段罗马习惯法的总结,在此之前,罗马使用的是不成文不公开的习惯法,因为习惯法具有很大的随意性而被成文法所取代,《十二铜表法》的出现为后续的罗马法的发展奠定了重要的基础。

如果从阶级属性来分析罗马法,罗马法可谓是极其落后的,所以,分析民法性质的法律更重要的不是其所处的历史时期以及阶级属性,而是从民法调整的平等民事主体之间的人身关系和财产关系来看,有没有适应当时社会的大多数

民众主体之间的人身关系和财产关系的需要,而绝非少数贵族的需要,因为他们代表不了社会的大多数民众,他们的利益往往也更多地依据公法来调整。正因如此,虽然罗马法产生于奴隶制社会,但由于罗马法能够反映当时罗马国家处在简单商品生产时期的各种平等主体之间的权利和义务,因而也就不能用阶级属性来评价罗马法。牵强地采用阶级属性的评价不仅混淆了公法以及私法的区别和存在功能,更重要的是会依阶级属性的优劣来湮灭罗马法的价值。其实,牵强地采用阶级属性来评价罗马法也会产生悖论,因为产生于奴隶制社会的罗马法,却在反映和调整本应是资本主义时期的许多法律关系。因此,我不惜笔墨地强调一个观点,私法的研究要远离政治、慎用阶级分析法。如此诡异的罗马法(至少从阶级分析的方法来看待它是这样的)对资本主义社会的民法发展不仅提供了血脉,而且还塑造了资本主义社会民法的基因,适用适格的法言法语,可以表述为:资本主义社会的民法发展是对罗马法的沿袭和发展,甚至可以再大胆一些、再开放一些,整个大陆法系国家的民法无不深受罗马法的影响。例如,拿破仑大帝引以为荣的1804年《法国民法典》,其实已经打上了罗马法的烙印,法国民法典中有关人的权利能力和行为能力以及物权和债权部分,就是以罗马法为基础而制定的。再如,不甘落后的日耳曼民族实施的1900年《德国民法典》从概念、术语到物权、债权处处显现罗马法元素,当时的大陆法系国家可谓尽吹罗马风,罗马法成为大陆法系的民法时尚。除影响大陆法系国家的民法之外,大陆法系以外的国家也纷纷主动或被动地继承了罗马法的血统,如明治维新后的日本民法,清末的民律草案以及中华民国时期的民法五编。

曾经为市民阶级或资产阶级战胜教会和世俗的封建势力提供了理论武器的罗马法,其基本精神及罗马法的绝大部分内容逾千古而犹存,对后世尤其是近代文明产生了极大的影响。例如,资产阶级要求的“天赋人权”“权利平等”等内容无不是继承了罗马法的衣钵,以此种影响作为切入点来观察英美法系,近现代英美法系国家的立法无不深受罗马法精神的感召和鼓舞。例如,英国的《权利法案》、美国的《独立宣言》和1787年《宪法》、法国的《人权宣言》,等等。

二、孕育民法精神的“天”“地”“人”三要素

万法之母的民法是法治国家的基石。民法的基本原则、具体规范和制度体系共同指向一个相对统一的精神归属——民法精神,它是民法本质、宗旨及价值追求的综合体,是对民事法律规范所遵循的普遍价值的抽象。民法精神不仅打造了民法的价值基础,同时也成为整个民法体系的逻辑起点。民法精神既是对

商品经济社会中民众共同信奉的意识和共同遵守的规则反映,同时也继续影响着人们的意识活动,影响着人们的行为模式,继而影响着整个市民社会的社会秩序。因此,从民法精神角度来研究公安工作就有了可行性。

源远流长的民法传统具有丰腴滋润的源头所在,这一源头需要追溯到西方文明的古典时期。首先,自然法对个人权利的积极尊重,社会平等、正义的倡导,财产安全的推崇为民法精神的发展与壮大提供了强大的思想源动力。因为自然法思想为民法精神的孕育提供的是思想指引,故可谓之“天”。其次,市民社会秩序的形成和完善也为民法精神的孕育形成和发展提供了成长土壤,即市民社会为民法精神产生、形成、发展的环境因素,故可谓之“地”。最后,民法精神的来源离不开最初的人文主义思想为其注入了“人”的因素,此谓之“人”。至此,自然法思想、市民社会与人文主义共同构成了孕育民法精神的“天”“地”“人”三要素。

(一) 孕育民法精神的三要素之“天”——自然法思想

人类文明的孕育与生长,都与哲学思想有着天然的联系。因为哲学思想是人类文明的抽象结晶,并从人类世俗生活中剥离开来,虽反映自然规律及生命现象,但却少了生活的气息和生命的具体行为。民法作为人类文明的重要组成,自然也少不了与哲学思想有着天然联系,这其间的关系似乎用出世与入世来比喻更为贴切。哲学思想从生活中来,但却超然于生活;民法规范虽有着抽象的价值,但却努力调整民众生活的方方面面。自公元前6世纪罗马法初现到1900年《德国民法典》问世,在这期间有一系列优秀的民法典陆续诞生,每一部民法典的诞生,都有着哲学思想,在这其中闪烁着自身孤傲而又神秘的身影。具体到民法规范来说,影响其至深的哲学思想是自然法思想。因为哲学思想是关于世界观的思想,甚至可以直接表述为哲学思想就是系统化理论化的世界观。但哲学思想是世界观的表述忽视了其作为方法论的另一方面的功能,因为哲学思想在表达世界观的同时,也已经做出了认识世界的方法选择,所以说哲学思想是世界观与方法论的统一。自然法思想作为哲学思想的一支流派,人类不同历史时期对其含义有着不同的认识,但任何时期人类谈及其孕育与生长都无一例外谨慎地用最原始与朴素的语言小心翼翼地表达着其内涵,自然法思想通常被人们所称道的是其反映宇宙秩序,是正义的基本原则和终极原则的集合,其超越一切制定法或者成文法。自然法思想萌发于古希腊哲学,其中智者学派将“自然”和“法”区分开来,认为“自然”是明智的、永恒的,而法则是专断的,仅出于权宜之计。苏格拉底、柏拉图和亚里士多德则断定能够发现永恒不变的标准,以作为评

价成文法优劣的参照。但作为本书我们谈及自然法思想的目的是论述民法精神的孕育,继而希望再利用民法精神指引公安工作在公民权利保护方面做出创新和调整,故我们更多关注自然法思想关于人权的表述。人权作为一种天经地义,不容置疑的价值诉求,其终极依据不在现实层面,而只能超越经验现象,而与此同时,自然法主张天赋人权、人人平等、公正至上,如此人类对于人权的认知与自然法的主张一唱一和,相伴而生而又相互提携。难怪法国著名哲学家、法学家马里旦言之凿凿地说,“人权的哲学基础是自然法”。

“自然法”一词的英译为“natural law”,如果望字解意,人们大都会把自然法理解为一般意义上的法律,其实这是对自然法的误解,自然法是一种超越一般意义的法律,是影响一般意义法律的思想,是孕育一般意义法律的土壤,绝不是一般意义的法律,与其在法律的语境中反复解释和区分,倒不如跳出法律的语境来理解自然法,自然法就有了三层内涵:时间上永恒的公理;价值上绝对的公理;终极上的正义标准。自然(nature)一词用在表述自然法时,其含义大抵类似于东方古老宗教中的“道”,强调不依人类的主观意志而改变的客观世界,既然自然法强调永恒、绝对、无条件,也即等同强于调了人权的普适性。东方宗教中的“道”强调顺应天意,故而笔者把自然法思想作为孕育民法精神的三要素之首——天,目的是说明自然法深谙客观世界之“道”,决定一切认知世界的观念中必须用合乎天意之道去对待任何一个人。任何损害、无视乃至忽视人权的行为都是否定客观世界的本来规律,都是否定客观世界所尊重的人权,都是逆时势而动。

由此可见,在自然法思想下孕育和生长的民法精神,在其根本价值取向层面可以表述为:关注人、重视人、保障人,即以人为本。^{〔1〕}西塞罗曾说过:“事实上有一种真正的法律——即正确的理性——与自然相适应,他适用于所有的人并且是永恒不变的……人类用立法来抵消它的做法是不正当的,限制它的作用是什么时候都不被允许的,而要消灭它则是更不可能的……它不会在罗马立一项规则,而在雅典立另一项规则,也不会今天立一种,明天立一种。有的将是一种永恒不变的法律,任何时期任何民族都必须遵守的法律。”作为民法始源的古罗马法显然践行和印证了这一点。自然法是整个科学的思想基础和各种具体法规的指导原则,它高于一切人定法和人为权利。这种人类自然平等的思想是对罗马法律实践的理论概括与升华,标志着罗马法学的高度成熟。人权,正是作为这样一种超验的“真正的法律”,成为正义与非正义的终极法官。

〔1〕 陈永峰:《论民法精神对公安立法工作的影响》,载《政法学刊》2012年第6期。

自然法思想对民法发展有着巨大贡献,虽经历风雨变迁,但精神支柱作用未变。其间,古希腊的斯多葛学派、17~18世纪,古典自然法学派在欧洲兴起,格劳秀斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭,“经过几代思想家的集体努力,古典自然法学家奠定了现代西方文明法律大厦的基石”^{〔1〕}。从19世纪初开始,在历史法学、哲理法学、特别是法律实证主义法学的排斥和反对下,自然法思想曾一度趋于衰落。时间到了第二次世界大战以后,人类在承受战争带来的巨大创伤之后,时时自问反省,人类越来越清醒地认识到杀戮的残酷、生命的珍贵,人类开始诅咒战争、厌恶政治,希望为自己居无定所的个体权利谋一个小屋。人类越来越渴望人权能够得到尊重和保护,这并非一种集体意识,这种对人权的尊重和保护的渴望也包括社会中的每一位民众个体,时势已变,人类开始怀念和呼唤自然法思想,于是自然法思想顺势而出,成功复兴。复兴之后的自然法思想并没有简单地复制和承继,而是随时随势而变,它所宣扬的“关注人性,追求人类幸福”的理念不仅表达了人类的心声,而且似阳光逐渐照进人类社会,温暖每一个社会个体,慰藉人类漂泊的心灵。自然法思想将对个人权利的尊重与保障、平等、正义、财产的安全作为其至高无上的精神理念,这恰好为民法精神的孕育与生长提供了源源不断的动力,而民法学也乘势而为,接受、内化自然法思想中最具生命力的结晶,关注神圣的社会个体——“人”,努力生长成为普适世界的民法精神。

(二)孕育民法精神的三要素之“地”——市民社会

市民社会指发达到出现城市文明的社会生活状况。现代意义的市民社会概念与政治社会的概念相对应,远离政治或者说是排斥政治,故而与国家概念相区别。“市民社会”一词中的市民不仅是生活在城市的人,同时还指进行商品交换依赖于市场生活的人,它构成了城市生活的一个广泛阶层。

古罗马时期的城市,虽处在奴隶社会时期,但是在城市中简单的商品经济已经蓬勃生长,依赖简单的商品交换而生存在城市中的人虽缺乏政治地位,但是却占据了城市中人口的大多数,一方面,他们不关心政治,安于享受亚平宁半岛已经照耀数千年的热烈阳光;另一方面,他们又辛苦劳作、精明算计且斤斤计较,他们就是古罗马城中的市民。市民们穿梭在城市中从事各种商品经济活动,相互交往继而开始建立各种团体以及组织,既让每一位市民的个体权利有了保障,同时又可以表达市民阶层的共同利益,于是,市民、市民组织再加上为前二者服务

〔1〕〔美〕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2004年版,第60页。

的公共设施,市民社会也就应运而生了。市民社会不同于国家。黑格尔曾指出,市民社会的所有活动均是以追求个人私欲为目的,是凭借契约规则进行活动的私人领域,个人以市民身份在市民社会中进行追逐自我价值实现的活动;而国家,是社会契约的结果,处在社会中的人为了达到某些共同的意志,相互协议委托国家这样一个权力机关去行使相关的立法和司法权,国家必须对公共利益负责,它关心的是带有普遍性利益的公共需求的满足,不仅要对公益负责,还要协调处理好市民社会中各利益集团的平衡关系。^{〔1〕} 市民社会发展得如何,决定着国家的发展状况。

市民社会有着多种天然的优势可以孕育民法精神并为其生长提供宽松自由的生存土壤。这其中第一种优势来自市民社会的力量,市民社会尊重市场经济规律,以契约精神为信仰,以尊重和保护社会个体权利为运行准则,市民社会就如同一个全体社会个体自发组成的社团组织,虽没有共同纲领或者章程,但却惊人一致地信仰契约精神,崇尚个体权利,渴望自由,按照市场规律行事做人,如此巨大的社团组织自然会对国家权力产生制衡,使之与个人权利发生碰撞与冲突时不至于肆意妄为或者过度膨胀。第二种优势来自经历风雨历练的市民社会所通行无阻的秩序规则,这些规则来自惯例、风俗,遵守规则的人不仅能够得到好的社会评价,而且还能获得更多的商业机会,于是市民社会的人逐渐形成了遵守规则的自觉性,这些规则不自觉地也为国家权力的贯彻提供了一种力量的惯性,有利于国家权力在积极层面的行使。市民社会具有的优势还表现在多元化利益的诉求,他们虽不追逐政治或因为自身身份无缘政治,却无一例外地要求民主的政治和平等的政治待遇,这种诉求显然有利于推动国家民主政治的发展。

“社会不是以法律为基础的,那是法学家的幻想。相反地,法律应该以社会为基础。”^{〔2〕} 市民以私人利益为本,以交往为纽带,以对财产的拥有为基础,以意志上的自由为追求。这样的市民组成的社会使得私法精神得以孕育、生长。市民社会发展得越完善,私法之树就越发枝繁叶茂;反之,私法之树将会枝枯叶黄,甚至没有破土而出的机会。比如中国封建社会中崇尚严刑峻法,强调遵守服从,但商品经济却不发达,个人权利被践踏无视,因而民法精神对于中国只能从国外借鉴移植,按照路径依赖的理论,最初的选择决定今后的发展,我们选择了市场经济,就意味着民法精神必然在中国传播开来,民法精神以抽象化的规律、制度

〔1〕 邓正来:《市民社会的理论研究》,中国政法大学出版社2002年版,第36~43页。

〔2〕 《马克思恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1961年版,第891页。