



西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

现代民法文化与 中国民法法典化

李少伟 王延川 *著

★ Modern Civil Law Culture and Codification of China Civil Law ★



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

NW



西北民商法学术文库

Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

- * 国家社科基金项目“现代民法文化与中国民法法典化研究”（06XFX006）结项成果
- * 陕西省重点学科建设专项资金资助项目

现代民法文化与中国民法法典化

* Modern Civil Law Culture and Codification of China Civil Law *

李少伟 王延川* 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代民法文化与中国民法法典化/李少伟,王延川
著. —北京:法律出版社,2016.3
ISBN 978-7-5118-9318-5

I. ①现… II. ①李…②王… III. ①民法—研究—
中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 066625 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

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/固安华明印业有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/15.125 字数/403 千

版本/2016 年 4 月第 1 版

印次/2016 年 4 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/010-63939796

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 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

书号:ISBN 978-7-5118-9318-5

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北民商法学术文库编辑委员会

编委会主任 李少伟

编委会副主任 高在敏 赵旭东

编委会执行主任 程淑娟

编委会成员(以姓氏笔画为序):

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔

赵旭东 赵林青 高在敏 韩 松

董少谋 程淑娟

“西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。该文库自 2010 年至今已出版专著、论文集、译著等学术著作十多部。

西北政法大学民商法学院是以民法学、商法学、民事诉讼法学教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生 2100 多名。学院师资力量雄厚,50 多名专任教师中五分之四以上具有高级职称,绝大多数教师具有博士学位或正在攻读博士学位,有 15 名教师分别在全国性的各有关法学研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女/性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学机构,设有民商事法律科学研究中心、私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理

论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家庭制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金研究项目 11 项,项目内容涉及集体所有权法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院的部分科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为国家或省部级科研项目及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本文库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本文库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会

2014 年 12 月

目 录

绪 论	(1)
-----------	-------

第一编 文化与法律文化

第一章 文化及其现代价值	(13)
第一节 文化的含义和特征	(13)
一、文化范畴的含义	(13)
二、文化的功能和特征	(19)
第二节 现代文化的价值意蕴	(22)
一、价值含义概说	(22)
二、现代文化的价值	(24)
第二章 现代文化与现代法律文化	(33)
第一节 现代文化与现代法律	(33)
一、文化与法律的关系	(33)
二、现代文化与现代法的精神	(38)
三、现代文化与法律的理性化	(50)
第二节 法律文化及其现代价值	(60)
一、法律文化概念探析	(60)
二、现代法律文化的价值	(74)

第二编 民法文化与民法价值

第三章 民法文化阐释	(85)
第一节 私法与公法的划分	(85)
一、私法与公法划分的源起及其内在精神	(85)
二、公私法划分与市场经济法律体系的建构	(90)
三、“私法公法化”与“公法私法化”	(94)
四、中国传统法律体系的结构:公私法一体	(97)
第二节 私法文化及其属性	(99)
一、私法文化解读	(99)
二、私法文化的属性	(102)
第三节 中国传统社会私法文化的缺失	(131)
一、民法文化缺失的原因分析	(131)
二、民法文化缺失的制度例举	(142)
第四章 现代民法文化的价值取向	(157)
第一节 现代性与民法文化价值	(157)
一、现代性与现代民法文化	(157)
二、民法文化价值的意义	(159)
第二节 个人自由价值	(162)
一、自由的含义	(162)
二、自由的分类	(165)
三、现代民法的价值取向:个人自由	(172)
第三节 社会正义价值	(178)
一、正义的含义	(178)
二、现代民法的价值取向:社会正义	(181)
第四节 民法文化的价值与民法基本原则的关系	(192)
一、民法价值是民法基本原则之内在精神和灵魂	(193)

二、民法基本原则是民法价值的具体体现	(195)
三、个人自由在民法原则中的体现	(197)
四、社会正义价值在民法原则中的体现	(199)
第五节 个人自由和社会正义的统一	(204)
一、个人自由和社会正义统一价值与现代性价值	(204)
二、个人自由和社会正义统一价值与现代经济结构的 关系	(206)
三、个人自由和社会正义统一价值与传统和后现代法 律价值之比较	(208)
四、个人自由和社会正义统一价值与市民社会	(210)

第三编 民法的转型与制度变迁

第五章 抽象人格与具体人格	(224)
第一节 人格与权利能力之辨	(224)
一、人格与权利能力的混同	(224)
二、人格与权利能力区分的意义	(226)
第二节 现代性与人格概念的彰显	(227)
一、人的特殊性与古代法律	(228)
二、法律的改进	(230)
三、现代性与人格概念的形成	(232)
第三节 抽象人格与个人自由	(233)
一、宗教的促进	(233)
二、形式平等预设	(235)
三、自由人格	(238)
四、强而智的人：“经济人”理论	(239)
第四节 具体人格与社会正义	(242)

一、抽象人格的特殊化趋势	(243)
二、实质平等的追求	(244)
三、愚而弱的人:对“经济人”理论的批判	(246)
四、具体人格的表现	(248)
第六章 所有权:自由与限制的演进	(253)
第一节 绝对所有权与个人自由	(253)
一、所有权的语源	(253)
二、绝对所有权的诞生	(256)
三、绝对所有权的解释及其功能	(258)
四、所有权在 19 世纪的变化	(263)
第二节 相对所有权与社会正义	(268)
一、相对所有权的解释	(268)
二、相对所有权的表现	(269)
三、所有权的社会化	(272)
第三节 自由所有权的“衰落”	(275)
一、所有权的内涵:从权利到义务	(275)
二、国家所有权的崛起	(276)
第七章 契约自由与契约正义	(281)
第一节 契约自由及其制度体现	(281)
一、契约自由的意义	(281)
二、契约自由的正当性	(283)
三、契约自由的表现	(285)
第二节 契约正义的产生及表现	(292)
一、对契约自由的反思	(292)
二、契约正义的解读	(295)
三、契约正义的原则表现:诚实信用	(297)
四、契约正义的具体表现	(305)

第八章 过错责任及其修正	(311)
第一节 过错责任与个人自由	(312)
一、过错责任的意义	(312)
二、过错责任的机理	(317)
三、过错责任的客观化	(321)
第二节 无过错责任与社会正义	(325)
一、无过错责任的意义	(325)
二、无过错责任的理论基础:危险责任	(331)
三、无过错责任的机能	(334)
第三节 侵权救济的新发展与侵权行为法的危机	(343)
一、从救济到预防	(344)
二、对侵权救济的超越:责任保险	(345)
三、结语	(348)
第九章 中国民法法典化的价值基准	(350)
第一节 民法法典化释义	(350)
一、民法法典化概说	(350)
二、民法法典化的意义	(356)
第二节 民法法典化与民法价值的实现	(361)
一、民法价值是民法法典化的灵魂	(361)
二、民法价值演变与民法典的整合与分解	(367)
三、民事习惯:民事立法不足的补充	(371)
四、正确对待继承和移植的关系	(376)
第三节 我国民法典的价值基准确立	(380)
一、现代私法价值对民法法典化的启示	(380)
二、我国民法典应确立的价值基准要素	(388)
第十章 中国民法典的立法模式选择	(397)
第一节 理论支撑:概念法学	(397)

6 目 录

一、概念法学之概念分析	(397)
二、概念法学的特点	(400)
三、中国民法典的制定与概念法学	(403)
第二节 立法技术:潘德克顿模式	(406)
一、潘德克顿立法模式及其运用	(406)
二、潘德克顿立法模式的特质及功能	(410)
三、潘德克顿立法模式的当代价值	(415)
第三节 我国民法典在立法模式上的选择	(421)
一、我国民法典立法模式的争议及其实质	(421)
二、我国民法典立法模式的现实选择	(424)
第四节 民法典的制度构造	(427)
一、民法典结构取舍的争议	(427)
二、民法典制度取舍的争议	(432)
三、民法典构造的基本构想	(443)
四、结语	(444)
参考文献	(447)

绪 论

卢梭在其所著《社会契约论》中写道：“在三种法律（政治法、民法、刑法——引者注）之外，还要加上一个第四种，而且是一切之中最重要的一种；这种法律既不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，而是铭刻在公民们的内心里；它形成了国家的真正宪法；它每天都在获得新的力量；当其他的法律衰老或消亡的时候，它可以复活那些法律或代替那些法律，它可以保持一个民族的创制精神，而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量。我说的就是风尚、习俗，而尤其是舆论；这个方面是我们的政治家所不认识的，但是其他一切方面的成功都是系于此。”〔1〕卢梭在这里所说的风尚、习俗、舆论，其实就是法律文化的表现形式。可见，文化因素对于法律制度具有重要的意义和作用。文化之所以重要是因为它有力量，之所以有力量是因为它并不表现为某种思想或理论，而是一个民族全体成员的集体无意识或集体意向。因此，研究法律问题，便不能仅仅停留在法律自身，而应当跳出法律，即所谓“求本真于法外”。而在此当中，对法律的文化背景、文化意蕴，对法律文化的研究则显得尤为重要。

文化作为人的本质、类的特性，是与人联系在一起的，是同自然界、动物界相区别的一种独特存在或社会现象。恩格斯说：“文化上的每一个进步，都是迈向自由的一步。”〔2〕因此，对于人类社会现象，包括法律现象的研究，便不可脱离文化这一大背景，而应将其放置在

〔1〕 [法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1980年版，第73页。

〔2〕 《马克思恩格斯选集》（第3卷），人民出版社1972年版，第153～154页。

文化的视野或语境之下加以认识。

文化可以说是一种生活方式,是人与人之间社会关系的一种模式,其功能在于实现人与人交往过程中的共存问题。人类要实现共存,一方面涉及社会价值观的问题,另一方面也涉及社会实践的问题。只有价值观与社会实践统一才可以营造一个正义的社会,而文化就是一个价值观与社会实践的桥梁,在文化的统率下,正义社会才会得以实现。在实现正义社会的过程中,法律则是最为重要的文化因素。

法律作为一种文化现象,法律文化是文化体系或整体中的一个部分,文化和法律文化是整体和部分的关系。部分的性质由整体决定,法律文化的性质是由文化结构体系决定的,有什么样的文化模式就有什么样的法律文化。文化是一内在的普遍意义系统或“意义之网”,法律文化是这一“意义之网”的显现和具体化。正是因为法律与文化呈现为这样一种关系,因此研究法律,就应将其看做一种文化现象,置于文化的大视野之中。还应看到,文化的核心是价值,现代文化的价值意蕴决定现代法律文化的价值诉求,而现代法律制度的建构又是在制度层面对现代法律文化的价值诉求的体现和坐实,如此的法律制度才能够被赋予现代性。

现代文化与传统文化的区别在于:传统文化是以群体和非理性为本位和核心的,而现代文化是以个人和理性及其结合为本位和核心的。传统文化以维护群体利益为目的,这种群体往往是马克思所批判的“虚假的集体”,更有甚者则将此“虚假的集体”人格化为最高统治者个人。因此,作为文化一部分的法律文化和法律制度,在为文化的本位即群体服务时,便转化为为最高统治者个人服务,于是,权大于法、法乃帝王之具的局面就势所必然地出现了。因此,在传统文化基础上只能产生传统法律制度和法律文化,不可能产生现代法律文化和法律制度。在我国,要真正实现依法治国,建立现代法治国家,构建现代法律制度,就必须以现代文化及其法律文化为前提和基

础。这个文化基础就是以个人和理性为本位的文化形态。现代法律文化和法律制度不过是这一文化在法律领域的对象化和具体化而已。现代法律文化中的价值诉求、基本原则、制度规范等,从归根结底的意义上讲,都源自个人和理性这个文化内核或价值基点,否则,现代法律文化和法律制度无从理解、无以建立。

在法律文化体系中,私法文化显得尤为重要,而其中的民法文化最能体现生存与生活的真谛。以民法为主要构成内容的私法是市民社会的法,是市场经济的基本法,其制度体系涉及对社会成员基本的人身权益和财产权益的确认和保护,涉及对市场交易的基本规则和秩序的确立和维护,涉及法治国家和民主政治建立的基础问题。因此,关注我国的现代法治建设,研究现代法律和法律文化,就应尤其重视对民法文化的研究。现代民法文化集中体现了现代法律文化的精神,即重视个体人格及其行为的自由与权利的保障,追求既注重个人自由,又兼顾社会正义的价值目标。民法中蕴含了现代文化的真谛,与现代文化的价值意蕴最为契合。

我国传统社会由于自然经济占主导地位、政治上推行集权专制,以及轻视私人利益和权利等原因,形成了与现代文化的价值追求判然有别、大异其趣的文化传统。在这样的文化土壤之中,不可能生长出与现代文化的诉求相契合的现代法律文化,更不可能形成以张扬个人自由为根本价值、以确认和维护私权为基本目标的现代私法文化。在这样的传统文化基础之上,要建立现代文化和现代法律文化几乎是不可能的。只有在反思、检讨和扬弃传统文化,借鉴、吸收现代文化和现代法律文化的精神实质、价值内核的基础上才有可能培育和建立现代文化和现代法律文化。而在这一过程中,对现代私法文化的研究与借鉴则显得最为重要。因为如前所述,私法是整个法律的基础,私法文化也是整个法律文化的基础。这不仅是因为私法在整个社会的规范体系中居于基础地位,对于社会关系发挥着基本调整作用,更是因为现代私法及其文化中所蕴含的价值取向和根本

精神本身就构成了现代法律及其文化的基础,而且其与整体的现代文化的价值诉求也是相契合的。因此,研究现代私法文化,其实在很大程度上也就是对现代法律文化的基础的研究,而贯穿其中的根本精神依然是现代文化的精神。

当今我国,随着社会主义市场经济体制的逐步建立、民主政治的推行和法治建设的深入,对现代法律文化与法律制度的关注和重视前所未有。与之相应,私法即民商事法律制度体系的建立也日益受到重视,我国迎来了民商事立法的繁荣时期。围绕各种民商事法律制度的构建,尤其是我国民法典的编纂,立法和司法机关、法学界以及社会各界均表达出了良好的愿望,但同时亦呈现出诸多的观点分歧。分歧的缘由自有多种,其中最为根本者,则在于对我国私法制度的文化意蕴、价值取向未必形成一致的观念态度。当一种法律制度的建立缺乏相应的文化价值观念作为导向和支持时,就会陷入迷茫,对制度本身的评价也会失去价值尺度。对中国这样一个缺乏近现代意义的法律文化传统,尤其是私法文化传统的国家而言更是如此。因此,对私法文化、私法价值的研究就更具有根本性意义。

但是,笔者作为一名长期从事民商法学教学和研究的学者,在民商法学界甚至在整个法学界看到的却是另外一种景象:学者们的研究更多关注的是制度、规则,而少有人关注制度、规则后面的文化意蕴和价值理念。法律究竟要体现什么,要达到什么目的?法律的文化内涵应当是什么,通过法律的施行又要向社会传达什么样的文化信息?如何发挥法律的引导和教育功能,培育社会大众的现代文化观念?这些带有根本性的问题,除了在法理学中有所涉及外,在部门法的研究中基本无人问津。这样就造成了部门法学研究中的就制度谈制度、就规则谈规则的僵硬局面。就法学研究中盛行的比较法研究方法而言,也停留在制度和规则层面,鲜有人去揭示制度和规则后面的法律精神,所谓比较大体上是一种缺乏文化价值尺度的比较。人类社会发展到现代社会的文化和文明成果,少有法学研究者去关

注,而哲学和社会科学研究的成果未必能进入法学研究者的视野,成为法学理论的思想养料,进而也很难为法律制度所吸收。法学研究的这种状况,不仅制约着法学理论,特别是部门法理论的研究水平,而且势必会对我国法律制度的构建,尤其对现代法律制度的构建造成不利影响。当下,在笔者看来,民商法理论的研究就存在这种问题。

私法的源头在罗马法。据学者考证,古罗马私法在形成时期就深受古希腊哲学的影响。私法在其后的发展过程中,总是紧随人类文化与文明发展的步伐,反映时代精神。作为资本主义社会第一部民法典的《法国民法典》就是例证,它充分反映了资产阶级革命的思想成果,将平等、自由、权利等观念形态的东西以法律制度的形式予以确认,进而加以维护。可以这样说,站在历史的角度看,从启蒙运动到工业革命,西方社会的每一次进步,不仅是观念的、政治的、经济的进步,而且是法律的进步。因为这种进步、发展所带来的时代精神、文化价值观念已融入到法律制度之中,或者塑造了某一时代的法律,赋予法律以时代性。从另一个角度看,被赋予时代精神的法律,又以国家法律制度的形式确定了这种时代精神,使时代精神转化为一种法律制度,并通过该法律制度及其施行而引导人、教育人,规范人的行为,调整社会关系,维护社会秩序,进而推动社会的进步。而反观我国,传统社会的状况已如上述,我们未曾经历过西方社会的文化改革和观念革命,私法所应当包含的价值意蕴在我们的传统中难觅踪迹。在这样一种文化背景之下,如果再置现代私法文化于不顾,在我国传统文化的土壤之上要建立起现代私法制度体系,似乎有些勉为其难。即便是通过借鉴、移植的方式建立了,也是缺乏灵魂的。

缘于上述基本认识或逻辑思路,笔者认为,研究我国现代私法制度的构建问题,就不能仅仅停留在单纯的制度层面,只在工具理性上下工夫,忽视价值理性这一根本问题,而应该将其放置在整个现代文化、现代法律文化、现代私法文化的背景之下,探寻