

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明

Discussion on
Civil Code of China

中国民法典争鸣

尹田卷



尹田
著



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明
执行主编 柳经纬

中国民法典争鸣

尹田卷

尹田 著



厦门大学出版社 | 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS | 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典争鸣, 尹田卷/尹田著. —厦门: 厦门大学出版社, 2017. 12
(中国民法典争鸣系列)
ISBN 978-7-5615-6702-9

I. ①中… II. ①尹… III. ①民法-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 234320 号

出版人 蒋东明
策划编辑 施高翔
责任编辑 李 宁
装帧设计 李夏凌
技术编辑 许克华

出版发行 **厦门大学出版社**
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门集大印刷厂

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 22
字数 482 千字
版次 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 月第 1 次印刷
定价 108.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

总 序

民法典被誉为“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法，是保护公民权利的宣言书，也是解决民商事纠纷的基本依据。编纂民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题，保障创新、协调、绿色、开放、共享的“五大发展理念”的落实，推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化，为全面深化改革、全面依法治国、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦奠定坚实的制度基础。

我国民法典编纂始于清末民初对大陆法系国家民法典的继受（移植），标志性的成果是1929年至1931年间颁行的“中华民国民法典”。1949年9月，中国人民政治协商会议第一次会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》明确宣布废除国民党的“六法全书”。从20世纪50年代开始，我国历经四次民法典起草，即50年代中期（1956—1958）、60年代前期（1962—1964）、70年代末至80年代初（1979—1982）以及21世纪之初（2002）。然而，由于社会经济条件不成熟以及理论准备不充分等原因，四次起草均半途而废，民法典成为我国法律体系的一大缺失。2014年10月23日，中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出了“编纂民法典”的立法任务，加快了民法典编纂的进程，这是我国民事立法的一个重要里程碑。

步入21世纪的中国正处在一个重要的历史阶段。我们要制定的民法典是21世纪的民法典，必须要回应21世纪的时代需要，彰显21世纪的时代特征。如果说1804年的《法国民法典》是19世纪风车水磨时代民法典的代表，1900年的《德国民法典》是工业化社会民法典的代表，今天我们要制定的民法典应当成为21世纪互联网、高科技时代的民法典的代表，这样我们就必须充分反映时代精神和时代特征，真正体现法典与时俱进的品格。进入21世纪以来，互联网技术、人工智能、生物技术的发展，全球化的生态环境保护，人类社会面临着前所未有的问题。民法作为社会生活的百科全书，无法回避人类社会发展的新问题。

我们要制定的民法典必须立足于中国国情，向世人展示我们依法治国的新形象和我国法制文明的新高度。在全面依法治国的新时期，这部民法典应当吸收我国立法、司法和理论研究的成果，总结法治建设经验，真正成为一部具有中国特色的、屹立于世界民法之林的法典。我们要制定的民法典必须反映改革成

果、推进并引领改革进程。改革开放的伟大实践,创立了一条中国特色社会主义的发展道路,这是一条不同于其他法典化国家或地区的发展道路。民法典作为时代精神和民族精神的立法表达,不能忽视这样一个特殊的社会经济条件。但如何充分反映中国特色社会主义这一社会经济条件,是我们所面临着的前所未有的问题。民法典的编纂,应当凝聚改革的共识,确认改革的成果,为进一步改革提供依据,从而推动改革进程,引领改革发展,实现国家治理体系和治理能力的现代化。

从民法法典化的历史来看,我国民法典编纂所面临的新问题是其他已经法典化的国家或地区所未曾有过的,这也决定了我国民法典编纂问题的复杂性和难度。编纂这样一部民法典,不只是立法机关的任务,也是民法学界的任务。民法典编纂所面临的问题,需要民法学者认真进行深入的研究,积极提供有力的理论支持。成就一部伟大的民法典,是我国民法学界几代人的夙愿。早在20世纪50年代,老一辈民法学者就以极大的热情投入民法典的起草工作。改革开放以来,随着法学教育和学术研究的恢复,民法学者围绕着民商事立法和民法典编纂问题进行了广泛而深入的研究,取得了丰硕的成果,也为民商事立法提供了有力的理论支持。从民法通则到合同法、物权法、继承法、婚姻法(修订)、侵权责任法,从公司法、合伙企业法、个人独资企业法到保险法、证券法、信托法等商事特别法,民法学者都做出了积极的理论贡献。尤其是进入21世纪以来,民法学者围绕着民法典编纂问题,掀起了一波民法典理论研究热潮,民法典研究成为我国民法学乃至新时期法学研究一道亮丽的风景线。

当前,民法典编纂工作正在进行,在许多问题上尚未达成共识,又有许多新的问题尚待研究。民法典编纂仍需全体民法学人持续地努力。值此之际,厦门大学出版社组织出版“中国民法典争鸣系列”丛书,诸位学者将他们多年来民法典研究的心得汇集出版。这对于促进我国民法典的学术研究,无疑具有重要的理论价值。我坚信,无论民法学者的研究成果是否被立法机关所采纳,但其对于推进我国民法典的编纂工作都将起到积极的作用,他们的研究无愧于这个时代。

让我们为编纂一部新时代的民法典而努力奋斗!

中国民法学研究会会长 王利明

2017年5月26日

目录



第一编 民法本质及调整对象	1
论“不公正胜于无秩序”	3
民法调整对象的理论检讨与立法表达	18
民法调整对象之争：从《民法通则》到《物权法》 ——三十年中国民事立法主要障碍之形成、再形成 及其克服	50
民法基本原则与调整对象的立法研究	60
第二编 民法典体系	73
论中国民法的法典化	75
论民法典总则与民法典立法体系模式	83
论中国民法典总则的内容结构	93
评侵权责任的独立成编与侵权行为的类型化	105
中国民法典编纂的障碍及其克服	114
第三编 人格与人格权	121
无财产即无人格 ——法国民法上广义财产理论的现代启示	123
论人格权的本质 ——兼评我国民法草案关于人格权的规定	135
论“法人人格权”	148
再论“无财产即无人格”	158
论人格权概括保护的立法模式 ——“一般人格权”概念的废除	163
论人格权独立成编的理论漏洞	168
论人格权独立成编的技术障碍 ——《人格权法编专家建议稿》之评析	176
第四编 民事主体制度	185
论胎儿利益的民法保护	187
论宣告失踪与宣告死亡	192
论法人的权利能力	211

第五编 法律行为制度	221
法律行为有关分类之理论检讨	223
乘人之危与显失公平的性质及其立法安排	232
论法律行为的无效及其效果	239
论法律行为无效后的财产返还	257
《民法总则(草案)》中法律行为制度的创新点之评价	263
论法律行为效力状态之无对抗力 ——对《民法总则》删除相关规则的评价	274
第六编 代理制度	285
论代理制度的独立性 ——从一种法技术运用的角度	287
民事代理之显名主义及其发展	295
我国新合同法中的表见代理制度评析	303
第七编 时效制度	311
我国诉讼时效之立法模式评价	313
诉讼时效的适用范围研究	324
论时效利益放弃方式中的“债务承认”	332
论物权法规定取得时效的必要性	337

第一编

民法本质及调整对象





论“不公正胜于无秩序”^{*}

如果走进 18 世纪德国的大剧院，舞台上正在表演启蒙主义文学家歌德(J. W. von Goethe)早期的重要剧本《葛兹·冯·泊利欣根》，那么，我们会听到剧中人物口中朗朗吐出一句颇具震撼力的台词：“不公正胜于无秩序！”^①这时，我们会突然有点惊慌：大凡能够被称为“恶”的言行，无一例外地表现为对公正的挑战和蔑视。人类为建立理想社会所做的一切努力，难道不就是对于公平和正义的寻求吗？因此，公正是“善”的化身，是法的本质；一只高擎代表公正的天平的手，便是法律的象征；法律高于一切，公正高于一切。至于秩序，一种有序活动的过程和状态，似乎一定要以公正为特征。而公正的结果，似乎恰恰正是秩序的建立。相反，如果一种秩序的维持必须以不公正为代价，我们宁可摧毁这种丑恶的秩序，然后重建新的公正的秩序。秩序，似乎应当是公正的自然结果，是公正的副产品。但是，竟然有人把秩序凌驾于神圣的公正之上，竟然有人把代表恶行的“不公正”强加于法律的臣民！从“不公正胜于无秩序”的呐喊中，我们似乎听到了一种粗暴压迫信念和自尊的强权，似乎感觉到了一种公然凌辱良心和道义的威胁！

然而，我们现在却要来论证：“不公正胜于无秩序”不仅是传统民法蕴涵的重要价值判断，而且是现代民法最重要的并且越来越重要的基本理念，尽管我们不得不面对如此众多的复杂问题：公正是什么？秩序是什么？公正难道必须以秩序的牺牲为代价？秩序难道一定意味着对公正的抛弃？

一、民法之公正观念的理性分析

在与法律有关的概念中，“公正”为一切人耳熟能详。何谓“公正”？或曰公平；或曰正义；或曰公平与正义。此等解释，虽然简单得不大像学问，但至少清晰明白。然而，随手翻看手边所存不多的几本法理学著作，却立马吓出一身冷汗：区区一个“正义”的概念，竟是“二十世纪西方法哲学的重大理论热点”，而且从古到今，那些看来绝对应当是最聪明的法哲学家

* 本文原载《民商法论丛》第 19 卷，金桥文化出版(香港)有限公司 2001 年版。

① Goethe, *Die Belagerung von Mainz*, cité par Malaurie et Aynés[M], *les biens*, 2e, éd. Paris: CUJAS, 1992:125.

们纵然“绞尽脑汁”，也根本未能弄清楚“什么是正义”，^①以至于他们不得不承认：“正义有着一张普洛透斯似的脸(a Protean face)，变幻无常，随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时，我们往往会深感迷惑。”^②于是，便出现了根本否认可以用一种理性的科学的方法来确定正义的内容的凯尔森(Hans Kelsen)，依他的说法，正义的客观标准原本就不存在，如果说有什么正义的话，那不过是基于人们的思想、感觉和希望的情绪之上的一种主观判断，其既不能用事实来证明，也不能用逻辑推理的方法来论证。^③而阿尔夫·罗斯(Alf Ross)则更为生动地将“诉求正义”者比喻为一个显然愚笨至极、正在“砰砰敲桌子”的人，其煞有介事的“砰砰”声不过是“一种将个人要求变成一个绝对公理的感情表达”。^④至于另一位美国哲学家和伦理学家宾克莱甚至直接引用某个作家的诗句来表达其“正义”的判断标准：“全看你在什么地点，全看你在什么时间，全看你感觉到什么，全看你感觉如何”，“今日为是，明日为非，法国之乐，英国之悲”；^⑤云云。如此一来，“正义”竟似乎成了一片飘忽不定的树叶，可以任人戏弄和把玩。

好在我们无意探索“正义”的绝对真理，自然也无须且无能卷入此番20世纪法哲学的大论争。因为我们只要仅仅能够大致感觉到公正的内涵，或者说，只要我们能够依据普遍的社会心理对公正确定一个内涵，甚至于只要根据需要对公正自行确定一个内涵，便可以进行讨论；毕竟，我们的讨论仅仅局限于民法的“狭小”范围之内，而且讨论的目的仅仅限于论证民法某些制度的合理性，并不涉及“正义共和国”之恢宏理想[这是柏拉图(Plato)在*Republic*一书中提出的]可否实现，也不涉及人人“机会无限平等化”的社会政策(这是莱斯特·沃德在*Applied Sociology*一书中提出的)应否采纳。^⑥

不过，民法之任何意义上的公正理念绝对要被法的一般的、普遍的、共同的正义理念所覆盖。尽管我们可以采用一种实用主义的方式逃离“自古以来”丝毫未曾削减的把“正义”的面孔弄成普洛透斯令人不敢仰视的变幻莫测的面的法哲学理论旋风，但是，民法的公正理念不能不从普洛透斯的脸上去寻找某些大致可以确定的线条和轮廓作为其形成的基础。

循着博登海默的指引，^⑦我们首先发现，对于正义的探索焦点，常常聚集于“平等”或“自由”这两个价值元素；针对柏拉图基于集体主义理想而提出的正义观念(即正义存在于社会

① 张文显，二十世纪西方法哲学思潮研究[M]，北京：法律出版社，1996：571。

② E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：252。

③ 凯尔森，什么是正义？[J]，现代外国哲学社会科学文献，1961(8)。

④ Alf Ross, *Law and Justice* [M] // E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：259。

⑤ 宾克莱，理想的冲突：西方社会变化着的价值观念[M] // 张文显，二十世纪西方法哲学思潮研究，北京：法律出版社，1996：574。

⑥ E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：253-254。

⑦ 以下有关学者的观点，E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：253-256。

有机体各个部分间的和谐关系之中,因而作为某种普遍性秩序的依附性成员,作为不能为所欲为的并非孤立存在的任何个人,必须使其个人愿望和倾向服从于整个集体的有机统一性),伟大的亚里士多德(Aristotle)认为,正义必须寓于“某种平等”之中,即从正义这一概念的分配含义来看,它要求按照比例平等原则把世界上的事物在社会成员之间进行公平的分配,相等的东西给予相等的人,不相等的东西给予不相等的人。而美国社会学家莱斯特·沃德(Lester F. Ward)则主张一种真正的平均主义的正义观,其认为正义存在于“社会对那些原本就不平等的社会条件所强行施与的一种人为的平等之中,因此,应当采纳一种在一个社会或国家的全体成员之间实现机会无限平等化的社会政策”。至于卡尔·马克思与弗里德里希·恩格斯,则提出了我们更为熟悉的未来共产主义社会的真正平等的远景蓝图。

与此相异,英国哲学家和社会学家赫伯特·斯宾塞(Herbert Spencer)则把“自由”作为与正义概念相联系的最高价值,其正义观被归纳为一个经典的公式:“每个人都可以自由地干他所想干的事情,但这是以他没有侵犯任何其他人所享有的相同的自由为条件的。”而伊曼纽尔·康德(Immanuel Kant)则将自由首先确定为系属于每个人的唯一原始的和自然的权利,然后从这一前提出发,将正义定义为“一些条件之总和,在那些条件下,一个人的意志能够按照普遍的自由法则同另一个人的意志结合起来”。

但是,正义难道只能在平等和自由两者中单选一种为其最基本的价值元素吗?于是,我们便看到了约翰·罗尔斯(John Rawls)将自由和平等结合起来分析正义含义的正义理论。他认为正义观念应由自由和平等两个原则构成,只不过它们在社会政策中的地位不同,自由优先于平等,即自由只有因自由本身的缘故才能被限制,如果实现社会的和经济的平等的主张不可能使所有的人的自由总量得到增加,那么这些主张就必须让位。

接下来,我们还发现一些学者在自由与平等之外,将“安全”作为正义之更高的价值。其中,托马斯·霍布斯(Thomas Hobbes)认为,构成法律有序化之最为重要的任务,乃在于保护生命、财产和契约的安全,甚至自由和平等都应当服从这一崇高的政治活动的目标。而杰里米·边沁(Jeremy Bentham)同样在将自由和平等置于从属地位后,宣称安全为法律的社会控制的“主要而且的确是首要的目的”。

但无论如何,自由、平等以及安全等均在揭示正义的内在价值,而我们所需要了解的,是正义概念本身的定义。这时,博登海默向我们提供了查士丁尼《民法大全》所提出的并被认为是古罗马法学家乌尔比安(Ulpian)首创的一个著名的正义定义:“正义乃是使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志。”在这里,正义被认为是人类精神上的某种态度、一种公平的意愿和承认他人的要求和想法的主观意向。不过,这一正义的定义后来又被圣·托马斯·阿奎那改进,后者认为,正义是一个人根据一种习惯,“以一种永恒不变的意志使每个人获得其应得的东西”。上述“各人应得的归于各人”的原则通过亚里士多德关于分配正义和矫正正义的范畴在政治和社会活动中找到了得以检验的主要场所。此处的所谓“分配正义”,涉及在社会成员或群体成员之间就权利、权力、义务和责任所进行的配置;而所谓“矫正正义”,则在社会成员违反分配正义的规范时发生作用(刑事责任、民事责任等)。除此而外

的所谓“契约正义”，则适用于个人之间、社会群体之间或国家间的合同安排领域。

很显然，关于正义概念的内涵，无论承认其能为理性所决定的人，抑或认为其只能为一种非理性的理想的人（如持“相对正义论”的凯尔森），都可以而且事实上也已经从各种角度予以阐述。历史上，各种令人颇感混乱和令人眼花缭乱的正义观念，对于不同国家、不同时期的社会建构产生了其应有的巨大影响。而新的更加令人迷惑和眼花缭乱的正义理论必将继续产生这种影响。但我们现在所要做的，只是找寻并确定民法的一般正义观念。

如果把“各人应得的归于各人”权且作为公正的基本尺度，那么，笔者认为，民法之经典意义上的公正可以理解为民事主体在一切私人关系中经由自由意志而获取的既有利益所得到的同等的和确定的保护。

在民法的此种正义中，我们首先可以感觉到公正的平等价值，这种价值在“私权神圣”理念的历史记载中被表达得淋漓尽致：对于私权神圣，人们常常把它与所有权的绝对的、无限制的行使相等同，亦即仅仅从单向角度观察这一由1804年《法国民法典》确定的近代民法的基本原则，从而发现它塑造市民社会法律人格的功能——“无财产即无自由”，“无财产即无人格”。为此，具有绝对效力的所有权不仅可以对抗其他人，而且可以对抗作为公共权力代表的国家（由此，18世纪风行欧洲的可归纳为“个人权利对国家权力的抗衡”的哲学思想，便在私法之权利体系中获得了最为鲜明的表现）。如此一来，个人的自治和人格得以确认和发展，人的自由也得以扩张和延续。然而，容易被人所忽略的问题是，私权神圣在确定个别的、特定的、人与个别的特定利益之间（尤其是人与物之间）牢不可破的联系的同时，也对全体特定的人就全部特定利益进行了公正的分配：任何人的私权均得因不受他人的恣意侵夺而成为神圣，而任何人的私权的神圣又来源于并依赖于对他人私权之神圣的尊重。正因为“欧西以正义为法律规范，故其对于正义之观念，以权利为出发点”。^①于是，整部民法成为尊重私权之法。私权成为民法的逻辑起点：民法以私权保护为己任，私权为民法之中心理念。从20世纪开始的对于所有权绝对性的越来越多的限制中，我们看到的只是国家基于社会公益的维护而对私人所有权的行使方式及范围所进行的必要的重新界定，但是，如果承认私人所有权从来都要受到限制这一历史事实，承认私权神圣从来都仅仅具有相对意义，那么，我们就不能不承认，无论在社会公共权力与私人的关系之中，抑或私人与私人的关系之中，“私权神圣”的理念从来都没有被泯灭，私权之上的神圣光环并未因对私权的所谓限制而有丝毫减损。

在民法的此种正义中，我们还可以感觉到公正的自由价值，这种价值在“契约自由”的庄严宣告中同样被表达得淋漓尽致：人们营造完美的法律制度的目的是构建理想的社会。而理想的社会标准，便是“最大限度地承认个人的权利，承认个人所具有的自由与生俱来”。^②而在一种理想的社会经济形态中，人的自由选择并由此而导致的利益竞争从根本上激发了

^① 何孝元，诚实信用原则与衡平法[M]，台北：三民书局，1986：56。

^② Guunot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, p.61.

人的创造性和能动性。独立利益主体之间的自由竞争自发地保护了所有权与社会经济之间的平衡,供求关系的规律由此显现,商品的价格与其价值、社会生产与社会需求由此相适应。物尽其用,人尽其能。而人们在选择自由的同时,也就选择了公正,正如康德所言:“当某人就他人事务作出决定时,可能存在某种不公正。但他就自己的事务作出决定时,则绝对不可能存在任何不公正。”^①契约是私人之间对于利益的“自愿”的分配方案,因此也被认为是最佳分配方案;契约将各人“愿得”的亦即各人“应得”的归于各人。正因为“契约等于自由”,而“自由等于公正”,因此,寻着当然的逻辑链条得出的结论就是“契约等于公正”。当历史的车轮滚入 20 世纪之时,我们同样看到了对于契约自由越来越多的限制。这些限制常常被认为是“实质公平”对“形式公平”的替代。但是,如果我们承认契约的正义从来都是建立于真正的自由基础之上,那么,契约所体现的公平就从来不仅仅是“形式上”的。而现代社会在公共利益保护的合理理由之下对契约的干预,不过仍然是这一社会对于契约之自由范围的重新界定而非对其正义之本质的否定;与此同时,现代社会在消费者、劳动者和其他弱者利益保护的合理理由之下对某些契约的限制,也不过是这一社会对于真正的契约自由的寻求和实现。换言之,在 19 世纪,当契约双方被认为当然处于相互平等的地位时,形式上的自由即实质上的自由,亦即形式上的公平必然导致实质上的公平;而在 20 世纪,当某些契约关系因缔约双方的“强者”与“弱者”之间的地位而被认为当然失去平衡时,人们开始抛弃形式上的自由而去寻找实质上的自由,因为只有实质上的自由才能导致实质上的公平。但无论传统的或者是现代的契约制度,其目的均在于实现“各人应得的归于各人”。从这个意义上讲,现代契约法对契约自由的某些限制,目的不过仍在于实现真正的自由。因此,只要存在商品交易,只要存在契约,契约自由就永远不可能死亡;如果说古典意义的契约自由已经死亡,那么,这只是因为它刚刚在现代意义的契约自由中获得了再生。这是因为,契约自由所记载和表达的正义理念本身,是不会死亡的。

总之,“私权神圣”所给予我们的公正,首先表现为在一个静态的财产关系中,权利人对于自己的物和其他利益绝对安全地予以支配和享用,不受任何一种不当行为的干预和侵扰。同时,也表现为在无数个静态的财产支配关系之间,人人各得其所,安分守己,不得为自己的利益而损及他人之利益。或者说,为了自己的利益的受尊重而尊重他人的利益,“对同等事物予以同等之对待”;而“契约自由”所给予的公正,则表现为在一个动态的财产关系中,交易双方自由选择并服从其自由选择所做的契约安排,“依法缔结的契约,在缔约当事人之间具有相当于法律的效力”。^② 由于市场竞争所决定的交易的风险性和投机性,至少在商人之间,契约的公正只能表现为交易双方获利机会的均等,而绝对不可能表现为双方获利程度的均等。

在这里,民法上的公正与法哲学上的正义显然是有区别的:虽然二者都是以平等和自由

^① 康德,法律理论[M],北京:商务印书馆,1982:78-79.

^② 《法国民法典》第 1134 条。

为其基本元素,但法哲学上的正义为广义的作为法的一般理念的正义,其关注的是法的基本价值,反映的是法自身的总体评判标准;而民法上的正义或者公正可以被理解为基于具体权利而生成的一种狭义的公正,其反映的是个别权利的法律价值,关注的是对具体权利的评判和维护。

从另一角度观察,法哲学上的正义理念显然是动态的。诚然,“正义为各人应得的归各人”具有静态的表面,但这一对正义的解读狡猾地包含了无限的可能性:何为“应得”,可以有无穷多的解释。因此,法哲学上的正义可以而且事实上随历史的发展而变化,随法观念的发展而变化。正因如此,我们才看到一个比一个更聪明的法哲学家们可以而且事实上不断揭示和创设正义的崭新内涵(在这里,所谓的“绝对正义”不过是试图说明存在一种超乎历史和国界的普遍正义,而所谓的“相对正义”则不过是试图说明不同历史阶段、不同社会环境中所存在的具体正义)。但民法上的公正可以被理解为静态的。在民法上,“各人应得的归各人”首先被设定于权利之上:何为“应得”?答曰:以权利为根据所得即为应得。因此,民法上的公正系以具体权利为起点和归属。言及公正,必首先言及权利。依权利所得即为公正,依权利应得而未得或未依权利所得即为不公正。而权利的基本品格是不会发生变化的。在民法上,任何权利一经确定,即具有不可侵犯性(所有权如此,债权也如此),民法观念的变化只能决定权利确认标准的变化以及权利行使方式和范围的变化。例如,在古代罗马法与现代民法确定的财产所有权之间,也许可以发现其在取得及保护方式以及具体权能等诸方面存在的许多差别,但“所有人得对所有物为排他的直接支配”这一结论毫无改变。当然,可以设问:为什么依权利所得即为公正?权利的公正品格又是从何而来?对此,如果回答:权利的公正来源于法律的公正。则下一个问题又会出现——法律的公正又是从何而来?……如此追溯,以至无穷。所以,我们定义民法的公正观念,只能采实然的角度,假定“权利等于公正”。至于创设权利的法律本身是否公正,如何达到公正,则是法哲学应当考虑和解决的问题,不在本文的研究之列。

因此,我们可以说,在民法上,公正就是对权利体现的个人意志的尊重,公正就是对作为权利核心的私人之特定利益的确认和保护。很显然,此种公正完全可能是狭义的,它仅仅揭示了民法在“定分止争”时所采用的最基本的(但并不是唯一的)依据,同时,它可能具有一种特征,即它所表达的立法者的感情与此种公正的受益人的感情是完全相吻合的:如果说“我的即属于我”(ce qui à moi est à moi)显示了人类生命中最基本的天性即占有的自私欲望,那么,所有权便是对这种人类天性所表现的人与物之间的颇为神秘的关系的确定,从而使这种人类品行得以延伸和发展。^① 质言之,民法上的此种公正并不代表立法者价值取向的终极点,它只是民法有可能存在的诸多价值元素其中之一,至少,它相对于我们将继续讨论的另一个价值目标“秩序”而存在(而在以后的讨论中,我们将发现,“秩序”所表达的另一种“正

^① Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les Cours de Droit civil, Les biens* [M], 2e éd. Paris: CUJAS, 1992: 98.

义”，会如何伤害当事人的正义感情)。也就是说，我们不打算将公正抽象成为“万能钥匙”，不打算阐述“保护权利是公正的，不保护权利也是公正的”这样一些“普洛透斯们”才能回答的问题。一句话，我们所要做的，不过是所谓“制度法学家”通常所做的那样：以制度完善为目标，确定一个逻辑起点，然后推理出一个结论。至于该起点所必然引发的哲学思考或看来是哲学思考的思考，只能留给哲学家或看来是哲学家的哲学家去进行。

二、民法之秩序的价值定位

在法哲学家眼里，“秩序”是在理解法律制度的形式结构和实质性目的时相对于“正义”的另一个基本概念，意指“在自然进程和社会进程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”。博登海默在分析人们对于秩序之需求的心理根源时指出，两种根植于人的精神之中的欲望或冲动，导致要求人际关系有序化的倾向：一是人具有重复在过去被认为是令人满意的经验或安排的先见取向；二是人们倾向于其相互关系由关于权利义务对等的合理稳定的决定所控制，而非由瞬时的兴致、任性和专横力量所控制。^①“安全”则是“秩序”所包含的实质性价值。在博登海默看来，法律的秩序价值来源于法律的本质：法律的对面存在两个天敌，一个是无限制的自由即无政府状态，另一个是无自由即专制政治。法律正是通过将秩序即行为规则的引入，实现前述两种社会生活的极端形式之间的折中或者平衡：通过建立私法制度，有效地确定并限制私人权力，避免众多个人自由意志的相互冲突；通过建立公法制度，有效地确定并限制政府权力，避免或救济此种权力对私人权利的侵犯，预防暴政统治。^②

由此可见，在一些法哲学家看来，法学上的秩序概念，是对法律本身的要素之揭示，其关注的是建立人们行为模式和结构所采用的标准，其关涉的是社会制度和法律制度的形式结构而非其实质。而这种制度或规范之内容及其价值，却是由“正义”观念加以指引和评判的。正因如此，秩序（一种法律制度）如不能满足正义的要求，则其不可能提供真正的秩序与和平；而正义（一种法律制度的合理性）如没有一个有序的司法制度来确保执行，则正义也无法实现。由此，法律为秩序与正义的综合体，创设“正义的社会秩序”（just social order）实乃法律之本旨。^③但是，民法上的秩序概念不能与之完全相同。

关于民法的秩序，首先注意到的可能是民法上固有的“公序良俗”原则。其中，“公共秩序”是唯一经常在民事立法上显现的有关“秩序”的用语，给人以“公共秩序即民法秩序”的强烈印象。但实际上，“公序良俗”原则所昭示的是私权与公权即个人利益与社会利益所必然发生的冲突之临界点及平衡点：公共秩序作为国家利益的载体，善良风俗作为社会伦理的载体，共同表现了社会之存在及其发展所必需的一般秩序要求，是“社会强迫个人遵守并构成

① E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：226。

② E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：233。

③ E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：318。

该社会基础的某些‘至高无上’的规则”，^①其本质是某种属于统治地位的集团以强制性规范的方式强加给个人的一种压制。^②这种强制在政治生活和经济生活领域分别发挥其机能：在政治生活领域，公共秩序以社会的基本结构（国家、家庭和社会道德）为其保护对象，使之不受个人意志的侵犯，使个人在私法领域的活动不违背文明社会的基本准则；而在经济生活领域，公共秩序以社会经济总体上的稳定和平衡为其保护对象，以实现市场交易关系的平等并防止私权的滥用而损及社会经济整体利益。^③因此，民法上的公共秩序标明了私人活动领域之自由空间的范围，是国家权力为市民社会之领地修筑的最终栅栏（从这个意义上讲，将公序良俗原则的作用确定为对私法自治的限制，从而认为其具有“足以与私法自治原则相匹敌的强行法性格”的观点，^④是可以成立的）。不过，这种秩序尽管具备法律秩序的一般品格，但其渊源主要来自于公法（宪法、刑法、行政法以及在经济生活领域表现国家干预意志的经济法等），民法的任务主要在于指明这一秩序的界限和位置，却一般并不安排其具体内容和确定其具体标尺。因此，可以说，公共秩序只是“外力”强加于民法安排的一种必需的约束，它保证了民法秩序的合理形成，但并非民法秩序本身。

在民法上，秩序应当指的是民事生活自身进程的和平、稳定与安全。

所谓和平，表现为由于利益分配结果的确定性而在权利主体之间形成的一种相安无事的状态。正所谓“一兔走，百人逐之”，秩序大乱，其原因“非以兔可分以为百也”，而在于“名分之未定也”。一旦确定了“名分”，则即使“卖兔者满市，而盗不敢取”。^⑤例如物权的制度价值，首要便在其“定分止争”的功能。倘言“国不可一日无君”，则同样可称“物不可一日无主”。纷纭世界之万草千木，倘都有人对之行使排他的支配权利，人与人之间的和睦相处才有条件。经济生活如此，伦理生活也如此，父母子女，兄弟姐妹，名分既定，焉有争执？

所谓稳定，首先表现为既有利益分配结果状态的连贯性和持续性。利益一旦经由权利的确认而予以分配，则与特定的人紧密结合。此种结合连续，不因不可预测的力量而断裂。物权法上有关物权“追及效力”的规定以及对回复“物权行使状态之圆满”而设定的全部规则，无不表明了这一点。而在交易中，稳定的需求不仅表现为当事人对相对方遵守诺言的渴望，同时还表现为民法为稳定交易结果所做的全部努力（例如在当事人无特别约定的情形，依照包括我国在内的许多国家民法的法定原则，动产出卖物的所有权一经交付便确定地归属于买受人。在这里，“交付”所导致的买受人对物的实际“把持”这一物质现象，比任何观念上所虚拟的“控制”更能激发当事人渴求稳定的心理并为立法者所理解。也许，这正是现

① Weill et Terré, *Droit civil*, N°240, cité par Flour et Aubéit.

② Carbonnier, *Les obligations*, p.143.

③ 关于“政治的公共秩序”与“经济的公共秩序”，见尹田，*法国现代合同法* [M]，北京：法律出版社，1995。

④ 林幸司，*德国法上的良俗论与日本法的公序良俗* [M] // 姚辉，*民法的精神*，北京：法律出版社，1999：39。

⑤ 《商君书》：“一兔走，百人逐之，非以兔可分以为百也，由名分之未定也，夫卖兔者满市，而盗不敢取，由名分已定也，故名分未定，尧、舜、禹、汤且皆如鹜焉而逐之；名分已定，贫盗不取。”参见佟柔，*民法原理* [M]，北京：法律出版社，1987：135。