



民法道德论

——市民社会的秩序构造

The Morality of Civil Law

—the Construction of Order in Civil Society

王利民 著



民法道德论

——市民社会的秩序构造

The Morality of Civil Law

—the Construction of Order in Civil Society

王利民 著

图书在版编目(CIP)数据

民法道德论：市民社会的秩序构造 / 王利民著. --
北京：法律出版社，2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3312 - 4

I. ①民… II. ①王… III. ①民法—关系—道德—研究 IV. ①DF523.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 054914 号

民法道德论

——市民社会的秩序构造

MINFA DAODELUN

—SHIMIN SHEHUI DE ZHIXU GOUZA0

王利民 著

策划编辑 刘文科

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

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 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 39.5

字数 825 千

版本 2019 年 5 月第 1 版

印次 2019 年 5 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/liuwenke0467@sina.com

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3312 - 4

定价:98.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学工作办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学工作办公室

基金项目

国家社会科学基金后期资助项目，项目批准号：14FFX030

论民法与道德——代序

民法是人法,^①人法是人的本体法,根源于人的内在秩序本质,由人的客观利益需求及其实现条件所决定,是人的自然与必然的生态规范与秩序形态。它是人的客观需求与自然进化的必然结果,是人的社会构造与自主生存能力。人法反映和表现为一般社会条件,就是自律的道德。道德学科的最高原则是:“‘依照一个能够像一项普遍法则那样有效的法则去行动’,凡是不符合这个条件的准则,就是违背道德。”^②

法律与道德的关系,是法学与伦理学的一个恒久主题,法律的实在与发展作为人的实在与发展,根本是道德的实在与发展。道德作为人的本体的社会秩序形态,既没有道德之外的法律,也没有道德之外的法律作用,道德与法律是统一的社会秩序构造和整体的社会控制体系。富勒在论法律的一般性时指出:“一套使人类服从于规则之治的系统所必需具备的首要素质是显而易见的:必须有规则存在。我们可以将此表述为一般性要求。”^③这个一般性要求首先是一种社会本体的规则,即以道德形式表现的人类一般性社会秩序规则。也就是说,人类的一般性秩序规则,显然是不可能从法律要求开始的,法律的一般性不过是从人类本体规则的一般性要求发展过来的,即法律不过是道德存在的外化与外在形式。富勒认为:“法律是使人类行为服从于规则之治的事业。与多数现代法律理论不同,这种观点将法律视为一项活动,并且把一套法律体系看成是一种有目的的持续努力的产物。”^④当然,法律本身是不能活动的,所谓的法律活动不过是一种人的意志与行为活动,人的法律活动及其有目的的持续努力,不过是人在一定道德意志支配下的自主行为。“如果我们想要理解这种努力,我们就必须理解:其中所包含的许多独具特色的问题就其性质而言都是同道德

① “当我们提到法律,我们通常指的是人法,即规范人们在他们社会生活中的交易和关系,界定他们的权利与义务,民事责任与刑事责任,界定对于不法的救济与主张和设置抗辩的正当程序。”(吴经熊:《正义之源泉——自然法研究》,张薇薇译,法律出版社2015年版,第4页)

② [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆2011年版,第30页。

③ [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第55页。

④ [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第124~125页。

相关的。”^①法律从来都是一个道德事实,不可能在道德之外而有自己的知识体系,尤其是调整市民社会关系的民法,它本身就是一个道德的法。因此,法律不应当成为一种暴力,^②而应当成为一种自律的行为规则。

早在 20 世纪 20 年代,庞德就指出:“以往关于法律和道德的讨论,即将被并入关于法律在整个社会控制过程中的地位这一更广泛的考虑之中。”^③法律与道德的关系,就其实质而言,是私人社会关系的法律即私法或者民法与道德的关系,道德是私人社会的本体秩序构造,民法是私人社会关系本体秩序的实在法形式。因此,揭示民法的本质,践行民法的效力,除了应当进行实证研究之外,还需要认识民法作为“人法”的本体形态,揭示民法与道德之间的内在联系,发现民法的本体根据与规范本质。尤其是对于没有民法传统的中国社会,民法伦理与价值体系的本体认知与生成,是民法文化与民法秩序生态构造的理论基础与认识前提,乃至对整个法治文化建设都具有重要意义。“在中国从人治社会向法治社会、从计划经济社会向市场经济社会、从传统自然农业社会向现代市场工业化社会转型时期,文明秩序的进步不仅在于法律数量的增加与法律体系建构的完成,更在于已有的法律须获得全体社会成员的普遍服从与遵守。而后者绝非法律自身所能实现的,它必须依赖每个公民道德水平的提升与道德信仰的养成。”^④

近代自然法思想强调理性、道德与法律的统一性。“理性认为正确的东西就是法律;因为它是正确的。法治是对于无可争辩的具有普遍效力的道德主张或伦理主张的适用。”^⑤无论如何认识法律、道德以及它们之间的关系,它们都是作为统一的社会规范与秩序的结构条件存在的。“在社会学研究中,一个最根本的理念性问题是社会延续的本质。社会结构和内容包括人们之间关系的安排,它的延续性是社会生活方式得以延续的依赖条

① [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 125 ~ 126 页。

② “考虑到同人性有关的各项事实,非常明显的是:一套法律体系如果允许自身受到非法暴力的挑战便会失去实际效力。有时候暴力只能靠暴力来遏制。因此,可以想见的是,社会中必须常规性地存在某种机制,以便在必要时使用暴力来支持法律。但这并不能证明将暴力之使用或潜在使用当作法律的标志性特征是正确的。”([美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 127 ~ 128 页)

③ [美]罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社 2003 年版,第一版前言第 2 页。

④ 范进学:《法律与道德——社会秩序的规制》,上海交通大学出版社 2011 年版,第 2 页。

⑤ [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第 4 卷),王保民、王玉译,法律出版社 2007 年版,第 396 页。

件。目前,这种社会结构内容是按人们所处的国家来对他们进行不同的划分。”^①所谓社会延续的条件就是一定社会结构或者构造的存在与维系,而这一结构或者构造的存在与维系是通过一定的社会规范和秩序的形式与形态完成的,所以需要基本的社会规范与秩序条件,即以道德和法律为主体的社会规范与秩序体系在社会结构和构造中的地位和作用。无论是道德还是法律,都不可能单独作为维系社会构造的条件,两者之间必然作为统一的社会体系并发挥一体的社会构造作用。所以,任何一种源自于社会内部的法律或者民法问题,都不可能只通过法律形式自身得到破解,相反,它必须在道德那里即它的本体中寻求实质的答案。

“我们对法律与道德之关系的思考,在很大程度上取决于我们对‘法律’一词的理解。在分析法学家这一极端,法律是权威性法律规范的总称,而这些规范为特定时空的审判所适用。在另一个极端,历史法学家倾向于将所有社会控制的历史,看作法律的历史。”^②如果认为法律来源于国家或者政治权威,那么法律作为依靠国家强制力执行的规范,就不是道德的形式和产物,或者凡非依靠国家强制力执行的规范就不是法律;如果认为法律作为社会控制手段而其本体在国家和政治权威之外独立存在,那么不论是道德还是习惯,本身就具有“法律”的本质,或者法律不可能在道德和习惯之外而独立存在并发挥其作用力。“的确,上世纪不同学派的法学家们,初步看到了‘法律’这一复合体的不同要素。”^③在分析法学派和历史法学派对法律与道德的关系即“法律”的本质的不同认识中,我们发现的不仅是法律与道德的差别性,而且也发现了它们之间的统一性,特别是看到了社会规范体系的本体与形式条件的复杂性。“在社会规范体系中,法律与道德作为两种不同属性的行为规范,在调整社会关系方面尽管两者手段不一,但其功能却相互补充。”^④当然,法律与道德的关系,并不只是功能的相互补充,而且在本体与形式的关系上具有规范的统一性,构成社会规范与秩序的统一体系。所谓统一,并不是法律与道德的同一,而是法律需要反映道德条件并离不开道德的社会基础,而道德规范的本体价值也需要获得法律的规范形式并通过法律形式实现其确定性和普遍性。“将法律和道德

① [英] A. R. 拉德克利夫-布朗:《原始社会结构与功能》(一),丁国勇译,九州出版社2007年版,第25页。“这种社会结构延续性的分析就像我们分析人体一样,作为人体来说其结构性是一直延续的,但组成人体的分子却是在一刻不停地发展变化的。”(同前)

② [美] 罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年版,第33~34页。

③ 同上书,第35页。

④ 赵万一:《民法的伦理分析》,法律出版社2012年版,第53页。

彻底分开的做法(像分析法学家所追求的那样),以及将法律和道德完全等同的做法(像自然法学家所追求的那样),都是错误的。”^①当然,我们也必须承认,法律和道德的差别性只是实现人的社会目的与价值的方式不同,是为了实现人的目的与价值的需要,而两者的统一和生态一体化才是社会规范体系的本质。

“人法”是人的“自然法”,必然存在人所本有的伦理与自然形态。^②也就是说,法的本质不过是人的本质,必须从主体的内在秩序条件上把握它的规律性与规定性,从而揭示其本体与本质。“在这里我们已经看到,从外面来找事物的本质是决无办法的,无论人们如何探求,所得到的除了作为比喻的形象和空洞的名称之外,再没有什么了。这就好比一个人枉自绕着一座王宫走而寻不到进去的入口,只落得边走边把各面宫墙素描一番。”^③民法作为“人法”,其本体与本质只能从人的内部即主体本身去寻找。换言之,民法并不是脱离人或者主体的孤立和单一的社会存在,而是以人的本体秩序为根据的整个市民社会秩序形态的一种规范表现形式,是统一社会行为体系的一部分,其必然表现并服从人的内在本体秩序条件,否则民法或者法律就没有规定性与规律性。社会秩序构造,是人类内在本体秩序与外在形式秩序结合的体系。本体构造是人的自主与自觉的秩序意志,是形式构造的本源与根据,通常表现为人类的道德品质和理性条件,是人类自律的行为秩序;形式构造是通过制度规范等形式表现出来的社会秩序条件,是本体构造的表现需要和实现方式,两者互为表里,构成一个完整的社会构造系统。

当我们不再简单地看待民法的形式存在,而是从民法作为人类本有的社会行为体系去认识民法现象,则民法最终不是制度形式的而是行为精神的,是作为社会事实存在的。^④民法是人法,产生于人的需要,是人的内在精神和社会秩序意志,是由精神条件而成为形式规则的;民法表现社会行为精神,反映社会的文化与传统,是社会行为精神的价值选择,不能脱离社

① [美]罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年版,第106页。

② “孔德说过,社会现象就是服从于自然规律的自然事实。从这句话来看,他隐含地承认了社会现象是物,因为自然界中存在的只有物。”([法]E.迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第39页)

③ [德]叔本华:《作为意志和表象的世界》,石冲白译,商务印书馆1982年版,第150页。

④ “一切行为方式,不论它是固定的还是不固定的,凡是能从外部给予个人以约束的,或者换一句话说,普遍存在于该社会各处并具有其固有存在的,不管其在个人身上的表现如何,都叫做社会事实。”([法]E.迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第33~34页)

会行为精神而存在；民法依赖社会行为精神，需要自律的行为约束与遵行，没有社会行为精神之外的民法秩序。^① 精神规则是人的社会结构的产物，而作为社会结构条件的规则，是一个社会内在的秩序精神，这种精神作为秩序本体就是被以道德范畴认知的社会事实。“任何方式的人类社会生活都建立在一定的社会结构上，这种社会结构是由各种个人之间或团体之间的关系网构成的。这些关系包括一定的权利和责任。规范这些权利和责任的原则在于：既不能破坏社会结构的完整，又可以解决各种权利之间的冲突。正是为了满足这种需求，司法机构和法律制度便得以建立。”^② 社会构造的形成和存在，需要具备一定的功能性结构条件，这一条件就是作为一般社会条件的共识性精神，即共同的行为规范与行为秩序构造，而产生这一共同规范与秩序的根据，是人们在社会结构条件下的相互利益承认与依存所必然产生的内在规范与秩序诉求，并必然在这一诉求中形成普遍的行为统一与秩序共识，这就是本体的道德构造。道德这一概念在根本上就是指人类本有的那种社会规范与秩序形态，并因此具有一切社会规范与秩序的本体意义与价值。民法就是道德本体的表现与存在形式，对民法的本质认识，必须建立在道德本体的基础之上，只有基于本体的社会道德观，才能有正确的民法价值观。

本体道德观，是根本的社会构造观与秩序观，是把道德作为社会本体构造认识的价值观，也就是把道德作为社会本体规范的认识论。道德的本体性，就是道德的人本性，也就是人性的自然性，是道德的人的规定性，即道德的“人法”性，是道德与人的统一性，是规范与主体的一体社会构造。本体道德观不仅把道德作为社会规范的本体，而且把道德本体作为整个社

① 因此，与道德统一并以道德形式表现的人法或者民法，就是人的社会行为习惯，是构成“民俗”的一种社会规范与秩序现象。“民俗事象使人们的行为趋于一致，目标和情感朝着同一方向迈进，但每个人并不会在民俗对话、交际中消融自己内在的独立性，亦即个人；相反，作为参与者，每个人都有属于自己的情感活动、情感指向和情感寄托。”（万建中：《民间文化的多维视域》，北京师范大学出版社2016年版，第5页）“在现实生活中，只有民俗仪式场合既确立了人的自由、独立、主体性，又建立了人的平等的对话机制。”（同前）“民俗生活是自然形态的文化表现。它是具体的、实在的，而不是概念的、抽象的和思辨的。”（同前，第8页）也就是说，“民俗作为一种文化形态，是在人的生存本能及生活本身中的文化。民俗文化是生命的文化，是没有从生活中挣脱出来的文化，所以又称之为民俗生活”。（同前，第9页）因此，人法即民法作为以道德为本体的法律，就是民俗的法律，应当符合民俗并以民俗为根据，所以“良俗”必然构成民法的渊源与原则。

② [英]A. R. 拉德克利夫-布朗：《原始社会结构与功能》（一），丁国勇译，九州出版社2007年版，第67页。

会及其规范体系的基础秩序来认识,是真正的“人法”和一切“人法”的本源,^①与实在法的“人法”即形式意义的“人法”或民法互为表里,是内在联系与统一的行为体系。“人法”是人自身固有的法,也就是社会关系本有的法,是人的自然与自主的法,它根源于人的生命利益需求,是人的自然应然的社会秩序性,具有人的客观利益需求及其实现的规定性与规律性。^②它以人们道德范畴的自体价值认知而具有和代表了社会秩序的普遍性和一般正义性,并外化为实在法形式的条件下获得了与法律一体遵行的强制效力。

卢梭指出:“在我看来,所有的科学中最为有用但发展最少的就是有关于‘人’的知识。”^③民法作为人法,是关于人的最基础的社会知识,这个知识的对象是人在自身社会结构中的行为条件,也就是人在自身社会关系中的地位,它首先是以人的精神条件存在的,并在被人的精神意志确定和认可后,才表现为所谓的民法或者民法精神形式。从“人法”的内在秩序与外在形式的统一上,民法不过是“人法”的自体社会秩序——道德规定性的产物。也许,我们关于民法的一般知识很多,而对民法的道德了解却很少,缺乏一种自体或者道德的民法认知。自体的问题,是人自身的问题,包括道德和民法在内的一切社会现象,都不过是人的现象和人的自然条件与需求的反映。对这一自体的不知,就是对人自身的不知,也就无法解决包括民法在内的一切人的现象和条件的社会价值与正当性问题。民法作为一种规范形式不能脱离人的自体秩序,民法脱离了自体,也就是脱离了人自身和人的秩序意志,而民法一旦和人的秩序意志脱离,^④就不可能成为有

① “人法”是真正的人的法律,也就是市民或者私人社会本有的法律,是人的自然与自主的法律,表现在实在法上,就是以民法为核心的调整私人社会关系的法律即私法。

② 利益需求就是一种生命需求,必然符合生命的本质并遵循生命的规律与规定性,这种基于生命本质的利益需求所建构的规范秩序就是反映人性并具有道德价值的规范体系。德国利益法学的代表人物菲利普·黑克认为:“规范的获得建基于对生活及其需要的研究之上。这些研究今天必须占据重要地位。人们将其称为利益研究、法社会学和法律事实研究。新的方法所追问的,是生活和符合生活要求的秩序。各种法律命令要从生活需要和利益状况出发来进行解释,并根据利益的要求予以补充。”([德]菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第43页)他认为,“认识法律规范与生活需要之间的关系并不是特别难,相反,还特别容易”,“总体来说,我们的法律并不像古时候女预言家的咒语那么深奥莫测,而只是人的决定。这些决定是如何作出的公众都看得到,在作决定的过程中发挥作用的各利益也都很清楚”。(同前,第46~47页)

③ [法]让·雅克·卢梭:《论人类不平等的起源》,吕卓译,九州出版社2007年版,第27页。

④ 民法和人的精神脱离,对于非民法传统的社会,不是民法的问题,而是人的问题,是人的民法精神缺失,而民法本身却可能在对不同法律文化与体系的法律移植中得到超越人的精神即道德的制度发展。

效实行的法律。人的秩序意志,就是本体规范的道德精神,民法只能在一定道德精神的条件下存在并发挥作用,是一定道德精神的要求和反映。不论是民法的制定,还是其践行,都离不开与之相适应的道德精神条件,民法在道德之外既不能自立,也不能自行。作为道德的形式,民法必然反映道德的本质,遵从道德的精神,追求道德的价值,践行道德的目的。对民法的认识,必须寻求其本体,在道德精神的基础上认知民法的规范与秩序的实在性。

因此,民法的价值性根本是民法的道德性,而民法的知识则属于一定的道德知识的范畴,民法学必须建立在一定的道德哲学或者伦理学的基础之上,否则民法就失去了精神和灵魂。霍布斯指出,研究“人类社会交往中的善与恶的科学便是道德哲学”。^①在这个意义上,可以说,民法哲学既是民法学的一部分,也属于伦理学的范畴。不论是民法的规范——权利义务的分配与设计,还是责任的归属与承担,都是一种是非的选择与判断,离不开一定的善恶标准与价值评价,是一种具体的善与恶。所以,民法学或者民法研究必须是以道德哲学或者伦理学为基础的,如果不建立在一定的道德观点上,就不可能有正确的民法认识与理论。

民法的道德性,有两个基本的秩序要求和价值条件:一是人格尊重意识;二是行为自律意识。人作为主体,自己即是人,就需要有人格意识,并承认和尊重他人为人,这是人与人之间关系的本质要求,也是平等的市民或私人社会关系确立和存在的前提。人的社会与人的秩序,人是主体,必须以人为条件,如果人不承认人为人,如果人与人之间没有相互承认和尊重的人格意识,就无法构造社会秩序,而这也必然是人类社会无序和灾难的开始。人类不是在相互承认和尊重中共存,就是在相互否定和残戮中消亡,而面对生死利害的选择,人类必须学会并达成一定的相互承认和尊重的基本社会共识与条件,这是社会规范与秩序的基础社会事实。人格的承认和尊重问题,是社会规范和秩序的根本问题,而规范和秩序又是人类生存的首要问题。人类不放弃社会与生存,就必须具有内在的最低条件和水平的人格承认与尊重的社会生态条件,否则就无法构造社会。一个社会的人格承认与尊重条件,决定了一个社会的秩序构造条件及其构造的方式与形态。专制社会有专制社会的“人格承认与尊重”的方式,民主社会有民主社会的人格承认与尊重的条件,专制社会的“人格承认与尊重”作为一

^① [英]霍布斯:《利维坦》,吴克峰编译,北京出版社2008年版,第77页。

种身份等级的形式建立在一定的人格否认与缺失的制度基础上,不可能构造民主与法治的社会,而民主与法治的社会构造则必然有其特定的人格承认与尊重的条件要求并与之相适应,这就是人格承认与尊重的平等性与普遍性,即真正意义上的社会人格承认与尊重,并首先应当作为社会本体的道德意识存在,是一种人本主义的道德精神形态。社会构造在本体上是一定的道德或者道德精神构造,没有一定的道德精神,既无法实现社会秩序,也无法构造社会,而一个民主、自由和法治的社会构造是由这个社会平等与普遍的人格承认与尊重的道德条件决定的。人格承认与尊重的道德精神,就是社会构造的本体秩序,是民法和民法精神的根据与源泉。只有建立在普遍的人格承认与尊重的道德精神的基础上的“人法”,才是真正的社会之法,也才是现实和有效的民法和民法秩序,这种法和法的秩序决定着一个社会的法治生态的本质及其构造形态。

民法的道德性,另一方面是行为自律意识,即一个人能够理性和自觉地控制自己的行为并使自己的行为符合社会秩序条件要求的意志性。市民社会秩序条件的构造与满足,无非有两种方式,一种是强制,另一种是自律。强制的秩序,或称专制的秩序,是通过国家权力机构从外部强加给社会或者个人的秩序,是社会或者个人不得被动接受的秩序,是不以个人意志为转移的秩序。强制的秩序,作为行为人必须服从的被动秩序,不体现行为人的意志,而是体现国家或者国家以法律形式或者其他控制手段所表现的意志。因此,这种意志及其表现的秩序不是个人的自由意志与秩序,其不根据行为人的自由产生,也不受自由规则的调整与限制。也就是说,既然强制的秩序不体现个人的意志自由,也就不直接反映人性的价值,不是一种人本主义的社会秩序,而是一种简单和原始的社会秩序形态。由于强制构造社会秩序的成本较低,所以在民智未开和理性缺失的社会,强制秩序是一种有效和实用的秩序,是实现社会构造的国家统治手段。^① 自律的秩序,就是由个人的行为意志构造的社会秩序,是一种普遍的自主与自由的行为秩序。^② 自律秩序作为行为人自我约束的理性秩序,是一种社会道德秩序,也就是社会本体的秩序,它在任何社会都存在,但却不一定是

① 当然,强制秩序并不一定是不合理的秩序,也不是当然要取缔的秩序,它在很多情况下都是需要和必要的秩序,但是对于以人本和自由为条件的市民社会关系,强制秩序就不是反映这种社会关系本质的理想秩序,因此是应当被限制使用的秩序。

② “实际上,社会上的事情只有通过人才能实现,它们是人的活动的产物。因此,它们无非是我们先天或后天的观念的实现,无非是观念在与人的相互关系并存的不同环境中的应用。”([法]E. 迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第38页)

由社会统一调整的秩序形态。

基于自律行为的社会制度,在自由与秩序的基础上,既能够实现和维护社会秩序的需要,又能够体现个人的自由意志与主体地位,是一种人本主义的社会秩序,是真正社会本体的秩序,^①也是一种社会秩序的自然生态系统,更是一种生态文明的社会体制与发展阶段。这种秩序构造的社会形态并不是哪个社会都具有,也并不是哪个社会发展阶段都具有,而是只有在以自律构序为传统和习惯的社会文化与文明的形态中才具有。所以,对于没有或者缺失自律构序传统的社会,在推进法治的过程中,培养社会的自律构序的道德品质与理性能力,就成为走向法治社会的根本路径。因此,民法的道德和道德精神,不仅是民法的精神,而且是社会的法治精神,是法治精神的核心价值。在民法精神的支配下,人们能够普遍自律地生活并构造出符合社会生活的秩序,从而满足社会生活的个人与公共秩序需要。当然,民法精神的自律秩序,是以市场经济为基础的市民社会秩序,这一秩序是体现市场经济的价值原则并以相互关系的利益均衡为条件的秩序,所以并不是中国传统社会伦理中的自律秩序,中国传统伦理中的自律秩序,并不是市场经济条件下的一般人格秩序,而是一种超人格的甚至是非人格的秩序。当代中国的法治和法治文化建设,应当吸收传统伦理文化的自然与自律秩序的合理内核,但却不能在一般意义上主张这一秩序并作为一种当代的法治秩序来认识和运用。

民法的道德性决定了民法不是单纯的国家意志,而是以国家意志的形式表现的社会伦理条件。民法是基本的社会伦理形式,民法精神是基本的社会伦理精神。民法精神并不是简单和原始的社会习俗,而是反映市场经济条件的理性与自律精神,是自由的秩序精神,是社会道德的本质与核心。正是基于民法的道德本质及其对民法规范与价值体系的规定性,民法精神就构成了民法的规范形式与效力秩序的决定因素。由于民法的人法性,民法的道德性不仅是民法的精神,而且是一个法律体系的精神,是法律体系的道德性,是法律和法治道德性的基础价值。民法的道德性以其人本主义的价值,决定了法律体系的道德性,一个国家的法律体系应当以民法道德为基础价值并保持与民法道德性的统一,失去了民法的道德性就失去了整个法律体系的道德性,法律体系的道德性必须首先在民法及其精神的道德

^① “人们总是把自由这个概念和个性、和个人这个观念联系起来看的。这种联系十分紧密并且反复为人所陈述,几乎成为内在的了。”([美]杜威:《自由与文化》,傅统先译,商务印书馆2013年版,第20页)

性中得到证明,否则就构成对整个法律体系的道德性否定。^①

民法的道德性是民法与道德的条件统一。法律是社会发展到一定阶段的产物,而规范与秩序则是社会存在的始终条件,是作为社会事实存在的。社会的规范与秩序,在本体上是一种道德条件与要求,是社会的自然生态事实,是人的社会必然性。社会是人的秩序结构,社会本身意味着秩序,社会必须首先满足它的秩序条件与要求,而社会秩序性的前提是社会关系的规范性。社会秩序与规范的存在,就意味着道德及其作用的存在,道德是代表和反映社会本体秩序构造的范畴,社会规范与秩序首先以道德本体的形式存在,然后必然要求和表现为某种自身的外在形式,其中构成实在法体系的就是以人为本的民法形式。因此,我们既不用怀疑社会的道德性,因为道德是社会的本体构造形式,也不用怀疑民法的道德本质,因为民法必然和道德相联系并构成统一的社会生态秩序体系,不能脱离道德的本体性。我们需要认识的是道德的要求和表现道德的要求之间的关系,即道德存在与道德形式之间的关系,也就是道德与表现道德的民法形式之间的矛盾与统一的关系,从而发现道德的民法要求和民法的道德条件的客观性与真实性,揭示民法的本质及其规范的伦理基础与本体形态,认知民法的价值及其存在的规律与规定性,以民法的道德实在性和道德的民法形式性实现民法与道德的存在统一及其理想的社会构造。

民法的道德性并不是把民法完全等同于道德,但是民法总是代表着一定的道德。民法或者法律与道德的关系,作为社会秩序构造的一对基本范畴,历来有不同的认识与学说。分析法学派创始人约翰·奥斯丁的法学思想在回答法学研究的范围、法和道德的关系以及法的概念时,认为由于道德这一本体性社会规则不具有法律定义的要素而被从法律体系中分离出来。“实际存在的由人制定的法,与实际存在的社会道德,时常是彼此一致的。……因此,这种由人制定的法的真正性质,以及渊源,时常被法理学的学者所误解。当实际存在的由人制定的法,是以实际存在的社会道德作为基础的时候……这些学者忘记了,这样一种情形实际上是主权者造成的。他们将这种情形归因于社会道德的创制者,以及上帝法的创制者。”^②人制

① 民法的道德性应当保持与国家根本法的统一,国家根本法也应当认可并尊重民法的道德性,因为它是社会秩序的本体与基石,代表了人的普遍正义诉求。“一种有效的政治正义观念就包括被公共地视作为公民需求并因此而被视为有利于所有人的东西的一种政治性理解。”([美]约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2011年版,第166页)

② [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,北京大学出版社2013年版,第206页。

定的法固然是主权者的创造,但是主权者的创造并不是任意的创造,其创造与道德的一致也并不是一种巧合,而是法的制定者需要也必然运用道德的结果。法的创造过程不过是法的制定者将一定的道德认知上升为法律形式的过程,是本体秩序转化为形式秩序的过程。然而,作为功利主义的信奉者,奥斯丁认为法与道德无关或者至少两者之间并不存在必然的联系,只要是合法制定的法律,即使是不道德或者不正义的,也仍应具有法律效力,这就是“恶法亦法”之说的由来。实用主义法学的代表人物霍姆斯也主张把法律与道德分开,认为把法律与道德混淆是危险的,“就内容而言,法律(the law)的生长是立法性的”。^①虽然法律与道德是不同的范畴并具有不同的本质,既不能把道德直接作为法律,也不能把法律完全等同于道德,但是,当法律的认知必须或者必要回答法律与道德的关系时,不论对法律与道德的关系如何认识和持何种观点,这本身就意味着法律与道德具有内在联系的事实。法律是一个不能在道德之外或者离开道德而能够被根本认识和说明的对象。法律是源于人的内在秩序条件与要求的规范形式,这种法律的渊源或者根据,就是道德。虽然法律是以立法的形式表现出来的,但是它仍然是人的道德精神的产物,最终是由人的意志即道德生成的秩序。任何一种行为规则,不论以何种形式存在,都必然是道德性的,道德性是一切规范的价值性。法律不仅不能与道德分开,而且必须遵从道德并从道德中寻找自身存在的正当性与合理性。“法律与道德,原有体与用的关系,如影随形,不可分离,其间的距离愈接近,社会愈安定,人民亦愈幸福。”^②没有能够完全脱离道德条件的法律,也没有根本不需要法律形式的道德,两者之间具有相辅相成的内在统一性。尤其是作为“人法”的民法,其直接的人性或者人本条件本身就是一种自然的道德价值,道德就是民法的本源,不能在道德之外认识民法的本质,任何对民法本质的探讨及其结论都离不开两者之间的关系及其相互作用和影响的基本事实。

民法的道德性是社会秩序形态的规定性。法律的制定和形成并不是立法者任意想象出来的,而是人的社会规定性的总结和表现形式。法律源于社会,就是源于主体的人本身;法治是人的社会生态,必然决定于人所本有的生态秩序。因此,我们必须从本体上认识法治的本质,并寻找和发现

① [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第32页。

② 王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第6页。

法治实现所必然依赖和遵循的社会条件,即人所固有并从人的固有中被人自身所认识和发现的那些规范本质,这才是法治生态的真实性和真理性。^①法治作为社会现象,是人的本质的反映,不能在人的本质之外表现和存在法治。法治具有人的规定性,是人的本体规范及其社会秩序构造,即法治生态必然根据和具有普遍的伦理基础。这一伦理基础就是人的“自然法”,即人的本体法,既人的利益需求及其实现的规定性,也就是人的正义性。人的规定性或者正义性,表现为人的社会道德性,即人的内在行为秩序性,也就是作为人的本体规范的社会构造性。

民法的道德性是民法的真实性。我们必须在民法之外认识民法并发现民法真实,这就是社会规则的本体性。规则首先是人类社会生活的自然选择,而不是立法者的意志创造。社会的本体规则并不是人们有意制定的,但它却是被人们实际遵行和运用的,是一种人本和功利主义的结果。这种规则不仅是有效的,而且是实用的,并且是根植于人心的社会伦理。虽然人类最初的规范主要是一种经验事实,但是当它被总结为一般规则或者道德时,则是一种理性的选择与结果。^②理性是人类自我反思的能力,这种能力并不在事情的最初发生作用,而是在事情发生后的反思过程中反映对事物认知的深化,并必然进一步产生事物的规定性,表现在行为理性上,就是行为规范性与自律性的形成。人们正是借助于理性,才实现了对社会规则的道德性认知,从而发现了社会规则的普遍性。

民法的道德性是民法的价值性。民法的价值是制定民法和评价民法善恶优劣的标准。所以,道德论即伦理学的目的之一,就是“精细说明什么可以作为实际存在的由人制定的法的尺度,或者,精细说明这种实在法所依赖的若干基本原则,从而,表明这种实在法是值得赞同的。换句话说,这一科学的目的,是阐明存在的由人制定的法,应该是怎样的,阐明实际存在的由人制定的法,必须是怎样的。或者,我们也可以这样表述,如果认定了什么是良好的,什么是值得赞同的,那么,这一科学,便需要阐明实际存在的由人制定的法最好是如何的。而且,如果这种法,符合了被假定的标准,

① “人如果不对其周围的事物形成一套用以指导自己行为的观念,就无法生存于这些事物之中。”([法]E. 迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第35页)

② 奥斯丁认为:“大多数文明社会确立的许多法律规则和道德规则,是以日常习惯作为根基的。一般来说,它们并不依赖理性思考。它们没有经过仔细的考察,便从前人那里延续下来。”([英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,北京大学出版社2013年版,第89页)