

对民法本位的新审思

——从民法基本原则及价值谈起^{***}

□章礼强 [西南政法大学 重庆 400031]

【摘要】民法基本原则含效力贯穿于民法始终的根本准则及具有一定宣示价值的特别规则中。公平原则是民法基本原则中的核心原则。近、现代民法价值取向的特征分别是安定性和妥当性,它们的主要价值取向都是公平和秩序。民法本位是民法的根本指归。近、现代民法本位未变,即都是权利本位、个人本位。个人本位比权利本位更为本原,称其为民为本位,则更确切。可在广义社会法下的经济法等和其它行政法中确定社会本位乃至国家本位。民法本位是民法的出发点,民法价值是民法的归结,均蕴含并体现在民法基本原则中。

【关键词】民法基本原则;民法价值;民法本位;个人本位;民为本位

【中图分类号】D913 【文献标识码】A 【文章编号】1008-8105(2002)02-0084-(07)

民法基本原则是民法学均须面对的最基本也是最重要的问题。民法价值及民法本位,其精神多蕴含于民法基本原则和民法其它具体条款之中,亦是民法学总论中首要组成部分。正如西南政法大学博导李开国教授说的,民法基本原则、民法价值及民法本位之间有着一定的联系。我认为:民法基本原则、民法价值及民法本位当属民法学中的元科学问题,可纳入民法基本理论乃至民法哲学的研究范围。有学者认为:西方法学理论的原始积累已接近完成,现多开始注重结合实务研究。受其影响者,如我国台湾的王泽鉴及大陆的梁慧星、杨立新等。其它人文科学也有类似倾向,如经济学、哲学、社会学等。但对于我国,本人认为则不应过于追潮,特别是中国法学中的民法学。我国理论禁锢由来已久,百家争鸣,在历史的长河中常是昙花一现。至于中国法学史,严格地说不过百年。不像西方特别是罗马法学历史久远,如《学说汇纂》是法学理论汇编,于公元530年始编纂,并于公元533年公布生效。徐国栋说过,民法是法哲学的主要发祥地和部门法的领头羊。现实是,我国刑法哲学研究相当火爆,我国民法学近年来也力作不断,可民法哲学及民法基本理论研究则相对冷清,近见李锡鹤的《民法哲学论稿》,与其作者一样,感觉还不甚成熟,其中观点多值商榷。若只是就法谈法,不涉社会、经济、文化及理论背景,尽显形而下的现象描述,则有理论不深之虞。本人想在厘正民法基本原则、民法价值的前提下,对民法本位作些

界定、分析、审思和推想。

一、民法基本原则

什么是民法基本原则?较早的资料,如史探径、张新宝、张广兴编的《民法学研究综述》《法学研究》编著的《新中国民法学研究综述》和刘心稳主编的《中国民法学研究述评》等,都作过概括,对佟柔、王作堂、梁慧星、张俊浩等人观点作了介绍、评判。近两三年,学界主要存有四种观点:徐国栋认为民法基本原则是效力贯彻民法始终的民法根本规则,是一种克服法律局限性的立法技术。李开国教授认为:民法基本原则是体现市民社会和商品经济根本要求,贯穿民事立法、司法、守法始终,具有普遍适用效力和平衡作用的指导思想和基本准则,是民法精神实质之所在。王利民认为:民法基本原则是民法及其经济基础的本质和特征的集中体现,是高度抽象的、最一般的民事行为规范和价值判断标准。魏振瀛认为:民法基本原则是指民事立法、民事司法与民事活动的基本准则。这些观点都在一定程度上说明了民法基本原则的本质,有着十分重要的积极意义。比较起来,徐国栋的观点将议题引向了立法学领域,似乎有失偏颇;王利民法观点较为抽象,将基本概念解释得更为玄妙,魏振瀛的观点似显单薄,也未能充

* [收稿日期] 2001-06-08

** [作者简介] 章礼强(1964—)男,安徽安庆市人,西南政法大学研究生部博士研究生。

分反映出部门法基本原则的特征;李开国先生的观点相当准确、全面。在论述民法具体原则,如诚信原则时,徐国栋对李先生观点大加赞佩。作为民法学人,本人也想对民法基本原则作些考察、评批、探究和界定。

(一)从历史的和比较的角度考察研究民法基本原则

民法基本原则在《法国民法典》里没有专门规定,当然,在第1134条、1135条对“善意”、“公平原则”有所涉及,后世人为便于理论分析,从《法国民法典》规范中抽象出所有权利绝对、契约自由、过错责任原则。《德国民法典》第242条规定了诚信条款。第157条也涉及“诚实信用的要求”。《日本民法典》施行后最重要、最广泛的修订,是根据昭和22年(即1945年)第222号法律作的修订。这次修订的成果中就有:追加第一条之一、第一条之二,明确规定“私权服从社会、诚实信用、不滥用权利”为民法典三大基本原则。《瑞士民法典》第2条规定:“诚实信用的行为”;第3条规定:“善意”。意大利1942年民法典专列“序编”规定“一般原则”。1964年6月11日生效的《苏俄民法典》,不像新经济政策时期的1922年民法典是一个极为仓促的产物,而是前苏联民法家经年累月、精心琢磨的结果。该民法典在形式结构方面,包括“总则”这样的开篇性条款。在法典开编中还有一个“基本原则”部分。其后的条款关于“人”,先指“公民”再指“法人”。俄罗斯新民法典分三个部分分别颁布,第一部分于1995年1月1日生效,其包括三编,第一编总则,由“基本原则”、“人”等章节构成。确定了:主体平等、财产所有不可侵犯、合同自由等私法原则,并将之贯穿于诸多条款中,广泛地利用了善意、公平、合理、诚实信用的原则。我国《民法通则》第一章规定“基本原则”含有八条,在总共只有156条的《民法通则》中占的比重可谓不轻。确实,这部历史性的法律文件具有多方面的意义,其中一个不可忽视的方面,就是它确立了现代意义的民法基本原则。平等自愿原则、公平、等价有偿原则、诚实信用原则、权利不得滥用原则、国家计划指导与经营者自主性相结合原则、公民和法人合法的民事权益不受侵犯原则、法律补充原则等被确立为我国民法的基本原则。第二章规定:“公民(自然人)”在我国新《合同法》总则第一章“一般规定”中有许多基本原则规定。采用“自然人”概念,而不再是《民法通则》中的“公民(自然人)”。从建国初确认民事主体使用“公民”,到1986年《民法通则》使用“公民(自然人)”,再到1999年《合同法》使用“自然人”,中国民法划出了一条“私”的“回归线”。

(二)采用批评性方法研究我国民法基本原则

无论是我国的《民法通则》,还是新《合同法》都有许多不尽人意之处。李开国教授充分肯定《民法通则》的历史价值,特别赞赏其中有关基本原则的规定,认为这些规定甚至极大地影响了俄罗斯新民法典中的基本原则规定。同时,他还倡导对我国现行民法开展批评性研究,并身体力行,发表了《完善民法通则法人制度的几点思考》、《民法通则的历史功绩与局限》等论文,且对合同法、担保法、物权法作了许多批评性开拓研究。在《民法基本问题研究》这部力作的序言中,他敏锐

地指出:“恶法”甚于“无法”,如果因理论研究的欠缺而使我国未来的民法典出现这样那样的错误规定,那么这些错误规定就会借助法典的权威性和强制执行力,将谬误变成真理而遗害无穷。因此,必须“努力发现我国现行民法中存在的遗漏、缺陷和偏差,以避免这些遗漏、偏差和缺陷在我国未来民法典中再度出现”。笔者认为:李先生讲对民法进行批评性研究,当也包含对民法学的批评研究或曰民法学批评。联系到民法基本原则及其研究,都可对其在欣赏之外,开展实质性的析批、评判。《民法通则》颁布至今已十五年有余,当时还未建立社会主义市场经济体制,而今已非昔比。其时多强调计划、政策和公益等。本为私法又曰私人法的民法中带不少公法性,表现为公权力对私权利过多限制,甚至直接体现在基本原则中。受李先生启发,本人呼吁,应在公法,如宪法、行政法中为保护私权利制定限制滥用公权以免损害私人权利的条款甚至原则规定,以与私法,如民法中规定的限制私权利,不令其滥用,以免损害公益的原则规定相平衡。此外,民法基本原则间的位阶乃至核心也值得认真斟酌思考,以往的观点未必尽然妥当。

(三)我国民法基本原则研究要与法哲学研究挂钩,或将其作为民法哲学中的重要内容

民法基本原则处在民法学与法哲学的结合部。本人根据民法平等自愿、公平等价有偿、诚实信用这三大公理性原则,抽象出民法哲学中三大本质性范畴:平等、公平、诚信。其核心范畴是:公平。因公平就包含公正、平等,公正又涵盖公道、正义、衡平,而公道还广括诚信、善意、公序良俗、情事变更等等。公平原则不只含公平责任原则,后者只是民法具体原则,或曰民法规则。公平的高度抽象性,以本人看来,足以统领其它一切民法基本原则。公平原则不只调整交换关系和民事责任。若如此,公平原则在民法及民法学中的地位与其在法哲学乃至整个法学和法律中的地位不相称,因法的最高价值目标是公平、正义。徐国栋先生将诚信原则拔高,声称是大陆法系民法中的惟一基本原则,将其赋予平衡、公平、正义的内涵。以予之见,他是将诚信之形套公平之核。这与他对本国语内涵的理解及对外语法律文化负载的把握与普通法学人士不同有关。英国的路易·古德(Roy Goode)教授曾经对一位意大利人说:“我们在英国发现很难采纳一种诚实信用的一般性的概念,我们不知道它究竟意味着什么。”“诚信”一词是中国抄日本,日本抄德国的结果。就其实质,在中国使用早有的“公平”术语,可能更为直白。李先生在《民法总论》中论述公平与诚信的包容关系时,认为“公平”有利于民众直观了解,而“诚信”还须法学家解释发掘。诚为实也。

如对原则一词的语义进行考察就可以发现,无论在汉语中还是在拉丁语或英语中,原则的核心意项皆为根本准则。原则比规则上位,比原理下位。如,民法自治属民法原理,即民法根本原则。平等、公平、诚信等属民法原则即民法基本原则。徐国栋先生批评所有权绝对、契约自由、过错责任是西方近代民法基本原则,而认为它们分别是物权法、合同法、授权

法中的具体原则,盖与他对基本原则含义的广狭理解与普通法学家不尽相同有关,这不免有时也带来了不少无谓的争执。本人觉得,民法基本原则可界定为效力贯穿于民法始终的根本准则及具有一定宣示价值的特别规则中,亦即,民法基本原则应包含民法一般原则和一些特定的具体原则。民法基本原则还可简称为民法原则,含狭义基本原则和一些具体原则。本人不太赞成徐国栋先生在普通用法上的狭义民法基本原则观。在定好民法基本原则概念后,确定哪些属民法基本原则时,必然牵涉到民法价值及其相关的民法目的、作用、功能乃至本位等问题。

二、民法的价值

价值范畴是从经济学范畴引入哲学进而法哲学范畴中来的,已成为近十多年来法哲学领域研究的热点。法的价值是法哲学中法的价值论的中心范畴,对此,卓泽渊先生有专著论述。依之类推,民法的价值当是民法哲学中重要内容。在西方,法哲学与法理学是同一学科。而在我国,学者认为法哲学是与法理学有别的理论法学,属边缘学科。我认为,不管法理学与法哲学是否同一,在目前人们对传统划分法律部门的标准都产生怀疑,以为在法律部门划分的逻辑起点应是价值目标而不是调整对象的情况下,民法的价值当是民法基础理论中的重要内容。依吕世伦、文正邦编的《法哲学论》中“法价值”定义,本人演绎出,民法的价值是民法的内在机制在实践中对人的民法需要的某种适合、接近或一致。梁慧星先生认为,法律蕴含多种价值,例如正义、公平、效率、秩序、妥当性、安定性等等。而近代民法所追求的最高价值,是法的安定性。其理由之一是19世纪是一个市场经济平稳发展的世纪,要求裁判结果的可预见性。确保法的安定性,有利于维持一个稳定的法律秩序。而20世纪由于发生了两极分化,贫富悬殊、社会动荡,以及各种各样的严重社会问题,这就使得现代民法在价值取向上,由安定性转变为社会妥当性。

在近代民法与现代民法的分野上,徐国栋认为《法国民法典》和《德国民法典》是近代民法的典型,自1907年《瑞士民法典》至今是以诚信原则所经历的现代民法时期。梁慧星认为:所谓近代民法,指经过17、18世纪的发展,于19世纪欧洲各国编纂民法典而获得定型化的一整套民法概念、原则、制度、理论和思想的体系。在范围上包括德、法、瑞、奥、日本及旧中国民法等大陆法系民法,并且包括英美法系民法。而现代民法的物质基础是20世纪的社会经济生活。所谓现代民法是指近代民法在20世纪的延续和发展,可以说是现代社会的近代民法。龙卫球认为《法国民法典》开创代民法,标榜个人主义。而《德国民法典》代表现代民法,暧昧地徘徊在个人主义和超个人主义之间,采取一种复杂的中间立场,基于个人主义,个人被认为是法律主体,基于社会共同体,又迫使个人让出一定法律主体领域,由有限的团体主体——法人来接管。从上述可见,关于近代民法和现代民法的分野及德国民法典

和瑞士民法典归属等在学界并不十分一致。本人阅读法德瑞士民法典,觉得龙卫球的区分,似乎更合理明白。只有以此为基准,才能说清现代民法相对于近代民法在基本原则、价值取向、民法目的、作用、功能乃至民法本位等方面发生了哪些变化。

卓泽渊先生在《法的价值论》中对混淆乃至混用法的价值与法的目的、作用、功能等现象作了批评,并将之作了一一区分、辨正。由此演绎可知民法的价值与民法的目的、作用、功能等之间的联系与区别。对此,本人不再赘述。至于近代民法和现代民法的最高价值取向是不是就如梁慧星先生所言的分别是安定性和社会妥当性,本人还想结合民法本位的探讨,提些质疑。

三、民法本位

(一)民法本位的界定

对于民法本位的研究,据本人有限资料检索,未见到有外国学者对此专题论述,以致遍翻汉英及英汉普通及法律词典也未见与“民法本位”相对应的较为确切的词或词组,在我国较早的当算是旧中国民法学者胡长清。他在1933年著的《中国民法总论》(大学丛书)对民法本位论及过一些,认为法律的本位即指法律的中心观念或法律的立足点。按其发展,可分为三个时期:义务本位时期、权利本位时期、社会本位时期。梁慧星指出,民法的本位即指民法的基本观念,也即民法的基本目的、或基本作用、或基本任务。又曰:民法上所谓本位问题,系指民法以何者为中心。并认为我国民法应采权利本位与社会本位相结合原则。依高富平的观点,民法本位是指民事立法的指导思想。上述三种观点,有统一的方面,都指出了民法本位是民法的中心或基本观念或指导思想。相异的方面,是梁慧星对民法本位的界定还包含了民法的基本目的或作用或任务。本人认为上述看法各有偏颇或模糊,不符逻辑学上对概念界定应具有明确性的要求。

那么,什么是“民法本位”呢?未见到有哪家辞书列条收录。关于民法,我国民法理论和民事立法界,大都认为是调整平等主体间的财产关系和人身关系的法规范的总称,这种界定把财产关系理解为民法的调整对象,人身关系被理解为民法的第二位的调整对象,抹煞了人的首要地位,把物置于人之上,头足倒置具有浓厚的经济决定论色彩。与此相反,罗马法的重要组成部分《法学阶梯》体系则是先调整人身关系,其次才调整财产关系。此中可见,民法的本来意义应是调整平等主体间人身关系和财产关系的规范。位序的调整,重在体现以人为本。至于“本位”,《中国大百科全书·法学》和上海辞书出版社出版的《法学词典》均未收录界定。中国传统文化典籍《四书五经》中的《大学》有云:“物有本末”。《词源》对“本”的释义是“事物的根基或主体”。《辞海》只对“本位主义”作了收录和贬义的解释,认为其是只顾本部,不顾大局的作风和放大的个人主义。此释义暗含的“左”的痕迹已近明显。依极为

常见的《现代汉语词典》：“本位”指自己应做的工作或任务。与“本位”相对应的“末位”指最后的地位。据此，本人从语文学角度，可以界定民法本位指民法最根本的指导思想和任务。在理论上可表述为：民法本位即民法的根本指归，或曰民法的根本出发点和归宿。该点多规定在民法的首条，其多含民法的指导思想和根本任务。

从语文学上界定民法本位，可能引起一些人的非议。因法学史上，有些概念是约定俗成的，并不完全依字面义理解。李开国教授在《民法总论》中说过，民法普通概念按普通含义理解，民法专门概念按民法或民法学赋予它的特殊含义来理解。如，民法渊源；又如，民法基本原则，按主流观点，它既含普通性的一般民法原则又含一些具有宣示价值的特殊民法原则。界定概念应当清楚明白，然梁慧星对民法本位的界定似不甚具备此点，而依胡长清、高富平对民法本位的定义又显过于片面，不够综合、完备。

(二)我国民法本位的内容

在确立了民法本位的概念后，就可探讨我国民法到底该确定什么样的本位。依胡长清观点，民法本位到第三时期当属社会本位。依高富平看法，我国民法属现代民法，现代民法是社会本位，我国民法当采纳社会本位无疑。孙鹏也坚持民法社会本位观点。李锡鹤曾在《法学》上发文《论民法本位》，其观点与梁慧星的相差不多，即是我国民法当采纳权利本位兼社会本位观点。与此相反，刘凯湘认为：“社会本位之说，其实并不能成立。法律要么是权利本位，要么是义务本位。权利本位是何等的重要，如果辅以所谓的社会本位，一则易使人们产生对权利本位的误解与怀疑，为权利本位的确立制造障碍；二则极易为统治者推行义务本位，限制和剥夺私法主体的权利提供堂而皇之的借口。所以，我国民法理应旗帜鲜明地以权利本位作为自己的理念和原则。”对此，我觉得，刘凯湘的批评言之有理，但有些过火和不周，认为社会本位之说，是可以成立的，但不应体现在作为典型私法又曰私人法的民法中，而应体现在公法及较多地带有公法性的公私交叉法中。邓纲指出，经济学的社会本位思想对民法个人本位和行政法的国家本位构成挑战。否定社会本位的存在，或试图以社会本位代替个人本位和国家本位的想法，都是混淆了不同层次的问题。中国人民大学博导吕世伦先生于2001年10月31日晚在西南政法大学做的学术报告，题为《中国法治现代化中的国家主义障碍》，从传统上和整体上对我国国民公私生活中过多的国家本位提出批评。我还认为：在反对社会本位倡导权利本位的同时，还可提出作为权利本位前提且与社会本位相对的个人本位，即市民本位，民的本位，人的本位。李开国教授认为：在处理权利义务的相互关系上，民法以权利为本位。又说这是在讨论权利义务时，比民法本位还下一位的论题。我认为：梁慧星的民法本位观点与他近代民法与现代民法的分野不清有关。他实际上就是将胡长清的第二时期权利本位和第三时期社会本位杂揉在一起。本人对胡长清的民法本位分期即有异议。胡分期时采纳的标准并不一致。第一、第二时

期是按义务抑或权利本位来分，而第三时期又改为以个人抑或社会本位标准来分。这如何能将其与前期清晰分开。因此，梁慧星就兼采纳了权利本位和社会本位的观点。实际上，这是一个不协调甚至是相悖的矛盾体。权利本位是强调民事主体的权利，它实际上是以主体本位为前提的。民法在罗马法中又叫市民法。市民在我国本指城市人，但在罗马法中，市民就是享有人格(Personalita)的人(Persona)。早期民法中的人即指享有人格的自然人。至《德国民法典》开始，人不只含自然人还含法人。因此，权利本位实际也就含作为民事主体的人的本位。而社会本位则是从民事主体之外的社会角度确定的。我觉得民法就该以民为本位，其中的民即指民事主体(人)。这好似同义语反复，然这确能反映民法本位的本来面目，也是针对民法社会本位说的甚嚣尘上极为不满，不得已而提出倡行的。

(三)我国民法个人本位、权利本位的基础分析

第一，哲学上常常强调人本主义或民本主义，倡导人人平等和公平自由的价值观。民本或人本思想在中国和外国思想史中都易找到，当然其内涵中外古今则不尽相同。马克思主义在坚持历史唯物主义前提下也讲“以人为本”。江泽民同志的“三个代表”就是“人本主义”的最好体现。现代民法精神是以人本和权利本位为要素，人文主义为哲学基础而构成的理性精神和价值原则。王泽鉴在其著作《民法总则》中提到民法应以人为本。还说：现行民法“以”人“为本位。我想，这其中的“人”当指民事主体。民法及民法学今后必须在“人的再发现或回归”的理念之下继续探索。民法的本质特征是私人法或私法。市民社会是民法存在的经济和人文基础。市民是指多元化的平等私人。所谓市民社会，是相对于政治国家而言的，它是社会生产、交换、生活赖以存在的个人、组织及其相互间关系的总和。民法学者之所以将社会整体结构分解为政治国家与市民社会，将社会中的人分为市民与公民，其目的在于为同一社会及其成员的双重品格(公法主体与私法主体)和双重利益(公益与私益)划出界限，进而给与之相对应的公法和私法一个恰当的定位。这种通过历史及社会分析的方法，探寻出的民法是市场经济的基本法，同时在于预防公法、私法类别不清，而导致的调整范围与方法的错位。特别是我国长期实行中央集权经济体制，在一切以国家为本位的公法观念渗透了整个法律领域的历史状况下，充分认识民法作为私法的社会基础及其内在的要求，是极为重要的。一方面，只有公法的发达，才能防止私权的滥用；另一方面，又只有私法的完善，才能限制公权的无限扩张。西方国家近百年来法治精神主要在于前者，而我国今天则更应着重于后者。

第二，民法以民为本位，以尊重、保护市民的私人利益、自由意志，激发每个社会成员的创造力，维护其精神安宁为出发点。民法以市民社会人的价值的实现为直接目的。民法赋予人(即市民)各项权利，其中既包括人格权与身份权，又包括财产权，既有精神权利，又有物质权利。民法应以民为本位，而不是以国或社为本位。民法的调整对象是平等主体间的人身

及财产关系,其调整方法强调平权(平等权利),其调整目的即精神指归是重点保障个体私权而不是公权。我国民法应以民为本位来规定其基本原则,确定其价值取向。理由之一是民法为私法,应以民为本位;二是公法私法化和私法公法化不能抹去其界限;三是义务本位、社会本位可分别由公法中的行政法和中介性的社会法确立、调整;四是国际民商事公约和英美法中一些有悖于个人本位而采纳社会本位的原则,如一些国际商事公约和英美法严格责任原则的确立,是因国际民商法执行者的乏力、缺失或国内公法的不完备,也为方便商务活动的快捷、效率而定的。这其中不免或多或少地以牺牲民法的公平原则为代价。实际上,国内外不少学者对严格责任原则提出异议。我认为,国内私法不必公法化或社会化,因国内公法,如经济法、行政法、刑法及处于公私法交叉带的法等,在大陆系尤其是在原社会主义法系国家都较为完备,且很得力。因而,我国民法不必公法化或社会化,不必以牺牲自己的本源特色的民之本位,而代之以社会本位,甚至象前社会主义法系民法的国家本位,其民法徒具外壳,实质已是经济行政法。

第三,有权利本位和其前提的人的本位的存在不可能再有采纳社会本位的必要,将其作为本位暂放在辅助的兼位终将取权利本位而代之以的观点,更为危险。因其利用暂时的妥协达到终将民法的本位变成社会本位。试问,那时之民法还成其为民法吗?那时的民法将徒具其名,实为社会法而已。这一行径,与过去前苏联学者将本属私法的民法改成实为公法性的经济行政法何异?自经济法产生以来,民法与经济法的调整对象一直纠缠不清。本人认为,这与各自本位的不明有关。学术界流行的观点并不一定代表真理。如,前苏联及我国社会主义市场经济体制确立前,多采纳纵横统一或可讥曰无所不包的大经济法观点,现多逐渐丧失其市场。可在民法界又树起权利本位兼社会本位的大民法观,似乎有囊括经济法之倾向,这实不应当。民法与经济法各有存在的必要,这已成共识,应确立各自的本位和调整范围。民法与经济法的一个重大区别,即是前者为个体权利本位法,后者为社会责任本位法。

第四,有人提出,民法采纳社会本位或兼采社会本位观点,亦有考虑民商合一的原因。其实,商法与民法在本质上一样,同为私法。即便商法在有些领域,如,证券法、票据法等带些公法性,也是在以私法为本位的前提下,带点公法或社会性的,这点社会性充其量也只是次位,而不是本位。而社会法,依史尚宽《民法总论》中观点,它包括经济法与劳动法。并认为:社会法为公私混合之法域。中外法学界曾有学者提出了经济法(或社会法)、公法、私法互相并列的三大法域的三分说。如,日本的峰村,中国的王涌等。对此,李开国教授认为:法反映关系,即公的抑或私的关系,反对公法、社会法、私法三分法。在我看来,社会法反映的关系具有二重性,既有公的又有私的,此外别无第三性。只是社会法大部分偏公法,小部分偏私法,特别是社会法中的经济法本就可称为经济行政法,当属公法无疑。经济法在社会法中占的量最大。有人认为社会

法与民法同属私法。我觉得,这可能与其对社会法的理解与史尚宽的圈定不同有关。社会法有广狭义之分,广义社会法含经济法,狭义社会法又被经济法所包含,如,社会保障法等就属经济法调整范围,更多地接近公法。劳动法,特别在社会主义国家,带有公法性。但我赞同李开国教授在《民法基本问题研究》中论及的观点,即劳动法属私法。因我国现处社会主义市场经济时期,国家不可能包办劳动关系。如,工人下岗再就业主要靠自己,不能等国家。对于公私交叉法之定性,主要看何性多些。从以上分析可知,社会法特别在我国更多地应属公法。而民商法特别是民法是正宗的私法,如罗马法系又叫民法法系、大陆法系,罗马法,又叫罗马民法,罗马私法。即便商法有些公法性或社会性,也不可舍本逐末,由民本位变成了社会本位。有人也许会说社会本位也是体现人本或民本思想的。实际上,个人本位和社会本位都能体现人本和民本的精神。但其角度不同,个人本位是从私的角度保护,社会本位则是从公或曰大写的人的角度去考虑。从传统法学上讲,公私法之区分还是比较清楚的,尽管有时会有点交叉,但其基本落脚点是公抑或是私还是十分明晰的。诚然,社会本位是法律社会化的一种极端体现。社会化是一种启蒙,人们开始凭其理性思维,对其所处的社会状况进行批判性地反思,从而谋求一个更为公平合理,人类能够更幸福地生活在其中的社会。”社会化是一种力量,公法、私法无不被席卷进这一浪潮中。一个现代民主国家的任何法律均不可能忽视对社会利益的保护,法律的目的似乎正在日趋统一。但是民法、行政法的历史传统仍然会使它们对个人利益和国家利益有所侧重,而不象经济法那样视社会本位为圭臬。可以说,经济法是更能体现社会本位宗旨的部门法,是法律社会化中的主导。经济法是基于社会本位立场,运用国家的社会公共管理职能、社会经济团体的自律功能及区域性国际组织的协调功能作用于市场,以达到社会协调性的目的。如,经济法与民法在调整现代合同关系中有分工有配合。属民法的合同法立足于个人权利本位确保个人的财产所有权和意思自治。而经济法与民法下的合同法看待合同关系的视角不同,当然终极目标是一致的。

四、结束语

民法基本原则、价值、本位研究属民法元科学或民法哲学问题。民法基本原则含效力贯穿于民法始终的根本准则及具有一定宣示价值的特别规则。公平原则应是民法基本原则中的最上层原则。民法价值是民法的内在机制在实践中对人的民法需要的某种适合、接近或一致。近、现代民法分野可以《德国民法典》为分水岭。近代民法价值取向的特点主要是安定性,现代民法价值取向的主要特征则为社会妥当性。正如梁慧星所讲的现代民法是现代社会的近代民法。因此,近、现代民法本位未变,即都是权利本位、个人本位,只是现代民法带些社会化倾向,但因有权利本位及其前提的个人本位的存

在,不可能再有或称其为社会本位。也正如梁慧星说的,实则20世纪以来所谓社会化之法制,在于矫正19世纪立法过分强调个人权利而忽视社会利益之偏颇,其基本出发点,仍未能脱离个人及权利观念。观之将来民法之趋向,唯有在个人与社会之间,谋求其调和。梁慧星还转引台湾学者王伯琦在《民法总论》中的话说,法律一日为人类社会之规范,则可以断言个人观念、权利观念必有其一日之存在!由此可见,现代民法的出发点仍是个人与权利,即仍是个人与权利本位。即便带点社会化,又怎能谈得上是社会本位。民法学界不应再造许多词不达意、名不符实的概念术语,以免造成许多无谓的争执。实际上,就这点或这些社会化倾向,也完全可以放在民法之外,由经济法等社会法及行政法等去调整。本人常见一些学者如梁慧星等以保护消费者的需要在民法中确定社会本位。对此本人认为,在一个国家的整个法律体系中,社会本位对于其中一部分法是有必要,但不应是在民法中,而应是在广义社会法下的经济法等和其它行政法中确定社会本位乃至国家本位。对同一事物因不同部门法调整所造成的法律冲突,可由立法、司法及法学界探讨解决。实际上,即便在一个部门法内部,也会存在法律冲突。如何解决,则是法学人和法律人的恒常追求。简单地讲,民法本位是民法的出发点,民法价值是民法的归结点,均属法理念或原理性的范畴。它们或明定于民法的首条,或蕴含并体现在民法的基本原则之中。民法基本原则的价值是学习民法之探研锁钥,是民事立法之漏洞补充,为民事司法之自由裁量、市民依则而遵守民法等发挥重要的功能和作用,有着不容忽视的价值和意义。民法基本原则可分为两组:一组是带鲜明权利和个人本位特色的原则,这是主要的;另一组则是在权利和个人本位前提下,带些社会化倾向的原则,如权利不得滥用原则,先是尊重个人权利,次是要求对权利不要滥用。公平和诚信原则也应是在尊重个人权利的前提下,考虑社会性。这里的社会性充其量只是次位,而不应该是本位。从以上分析可见,那些如高富平等人认为我国民法作为现代民法已是社会本位的观点是不妥的。同样,本人觉得梁慧星认为近代民法和现代民法的主要价值取向分别是安定性和妥当性也是不确切的。安定性和妥当性只是近代民法和现代民法价值取向的主要区别。现代民法和近代民法主要的价值取向仍是公平和秩序,这与民法的最基本原则即公平原则是一致的。只是现代民法较之于近代民法更为讲究效率、社会妥当性罢了。从中也可略见民法在社会、经济、文化的进程中之发展变化和大体趋势。

在个人与权利本位之间,个人本位是权利本位前提,因此,个人本位是民法的最本原的核心本位。笔者将其称作民为本位。因“民”即“人”、“市民”、“民事主体”。而个人本位中的“个人”指“人”,含自然人、法人、非法人组织,有时甚至是私身份的国家。为防将“个人”误解为仅指“自然人”,用“民”则更能直白地广括各种民事主体。民本位其实就是民事主体的本位。李开国教授认为,权利本位抑或义务本位是在处理权利义务关系时考虑的比民法本位(即社会本位抑或个人本位)

下一位的问题。因此,他最后主张民法应以个人为本位,不提权利本位。我认为,划分民法本位的标准有二,一为权利抑或义务,二为个人抑或社会。二者视角不同,但可同为标准,且互能补充、衬应。个人多为权利,若以社会为重,则对个人多是义务。但不管思想路径如何,李教授与我的结论是基本一致的,即民法应以个人为本位。只是我还想以“民为本位”代替“个人本位”,觉得更为贴切。不知妥否,请先生和读者诸君赐教。

参考文献

- [1] 彭万林. 民法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999. 8.
- [2] 李开国. 民法总论[M]. 重庆: 西南政法大学法学一系编印(民商法研究生内部教学用书) 2001.
- [3] 江平. 民法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 1.
- [4] 王利民. 民法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000. 6.
- [5] 魏振瀛. 民法[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2000. 9.
- [6] 徐国栋. 民法基本原则解释——成文法局限性之克服[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 9.
- [7] 李开国. 民法基本问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 1997. 8.
- [8] R. Goode. The Concept of Good Faith in English Law 2 Saggi Conferenze e Seminari 3 X centro di studie ricerche di diritto comparato e straniero (Roma 1992).
- [9] 吕世伦. 文正帮. 法哲学论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1992. 2.
- [10] 梁慧星. 从近代民法到现代民法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000. 10.
- [11] 龙卫球. 法律主体概念的基础性分析(下)——论法律的主体预定理论[J]. 学术界, 2000(4): 76—97.
- [12] 胡长清. 中国民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 1997. 8.
- [13] 梁慧星. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 1997. 8.
- [14] 高富平. 民法法典化的历史回顾[J]. 华东政法学院学报, 1999(2): 19—25.
- [15] 孙鹏. 民法法典化探索[J]. 现代法学, 2001(2): 17—25.
- [16] 刘凯湘. 论民法的性质和理念[J]. 法学论丛, 2000, (1) 28—34.
- [17] 邓纲. 对社会利益及其与经济法关系的反思[J]. 昆明: 云南大学学报法学版, 2001(3): 67—72.
- [18] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 7.

- [19] 日)星野英一. 私法中的人——以民法财产法为中心[A]. 梁慧星. 民商法论丛(第8卷) [C]. 北京: 法律出版社, 1997. 12.
- [20] 江平, 张楚. 民法的本质特征是私法[J]. 中国法学, 1998(6): 30—33.
- [21] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. 3.
- [22] 日)金泽良雄. 经济法概论[M]. 兰州: 甘肃人民出版社, 1985.
- [23] 王涌. 私权的概念[A]. 夏勇. 公法(第一卷) [C]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [24] 姚辉. 民法的精神[M]. 北京: 法律出版社, 1999.

New Examination and Consideration about Civil Law Standard ——Talking from Basic Principles and Value of Civil Law

Zhang Liqiang

(Southwest University of Political Science and Law Chongqing 400031)

Abstract The basic principles of civil law including its utilities is permeating the fundamental rules of civil law throughout and special regulations having the value of being made known publicly. Fair rule is the core principle of basic principles of civil law. The feature of civil law value orientation in modern times and contemporary age is stability and suitability separately. Their main values are both fair and orderly. The civil law standard is the fundamental guiding principle and purpose of civil law. The civil law standard in modern times and contemporary age has no big change and is the right standard and individual standard. The individual standard is the source of the right standard. Calling the individual standard personal standard will be more exact. The social standard may be set in economic law etc. The civil law standard, the point of departure of civil law and the civil law value and the aim of civil law are all embodied and reflected in the basic principles of civil law.

Key Words Basic principles of civil law; Civil law value; Civil law standard; Individual standard; Personal standard

李衍达院士受聘电子科大名誉教授

4月15日中科院院士、清华大学信息科学技术学院院长李衍达教授被电子科技大学聘任为名誉教授。

李衍达院士1959年毕业于清华大学。他是中国第一批赴美在麻省理工学院访问的学者。他长期从事信号处理理论方法及应用的研究。此外他还致力于生物信息学的研究,将复杂系统的信息处理方法应用在分子生物学中,在基因组序列的信息结构研究、基因调控网络的建模和仿真等方面的研究中取得了一定的成果。

聘任仪式结束后,李衍达院士为师生作了“以信息系统观点了解基因组”的学术报告。李院士说道:21世纪是生命科学的时代,打开生命奥秘大门的人,是搞信息科学的人。用信息技术解读生命的编码内涵,DNA就是信息编码系统。我们所说的新世纪也就是指信息技术与生命技术相结合的世纪。

对民法本位的新审思——从民法基本原则及价值谈起

作者: 章礼强
工作单位: 西南政法大学, 重庆, 400031
刊名: 电子科技大学学报(社会科学版)
英文刊名: JOURNAL OF UNIVERSITY OF ELECTRONIC SCIENCE AND TECHNOLOGY OF CHINA
年, 卷(期): 2002, 4(2)

参考文献(24条)

1. 彭万林 [民法学](#) 1999
2. 李开国 [民法总论](#) 2001
3. 江平 [民法学](#) 2001
4. 王利民 [民法](#) 2000
5. 魏振瀛 [民法](#) 2000
6. 徐国栋 [民法基本原则解释—成文法之局限克服](#) 2001
7. 李开国 [民法基本问题研究](#) 1997
8. R Goode [The Concept of Good Faith in English Law, 2 Saggi Conferenze e Seminari 3,3\(centro di studie ricerche di diritto comparato e straniero, Roma 1992\)](#)
9. 吕世伦;文正邦 [法哲学论](#) 1992
10. 梁慧星 [从近代民法到现代民法](#) 2000
11. 龙卫球 [法律主体概念的基础性分析—论法律的主体预定理论](#) 2000(04)
12. 胡长清 [中国民法总论](#) 1997
13. 梁慧星 [民法总论](#) 1997
14. 高富平 [民法法典化的历史回顾](#) 1999(02)
15. 孙鹏 [民法法典化探究\[期刊论文\]-现代法学](#) 2001(02)
16. 刘凯湘 [论民法的性质和理念\[期刊论文\]-法学论丛](#) 2000(01)
17. 邓纲 [对社会利益及其与经济法关系的反思\[期刊论文\]-云南大学学报\(法学版\)](#) 2001(03)
18. 王泽鉴 [民法总则](#) 2001
19. 星野英一 [私法中的人—以民法财产法为中心](#) 1997
20. 江平;张楚 [民法的本质特征是私法](#) 1998(06)
21. 史尚宽 [民法总论](#) 2000
22. 金泽良雄 [经济法概论](#) 1985
23. 王涌 [私权的概念](#) 1999
24. 姚辉 [民法的精神](#) 1999

本文读者也读过(10条)

1. 丘丽丹 [被害人承诺理论比较研究\[期刊论文\]-中山大学学报论丛](#)2006, 26(8)
2. 曹燕, 吴亚琳 [试论社会本位的司法理念\[期刊论文\]-政法论丛](#)2004(5)
3. 章礼强, Zhang Liqiang [对民法的哲学思考——以民法本位为研究视角\[期刊论文\]-兰州学刊](#)2006(8)
4. 章礼强, Zhang Liqiang [民法本位纵论——对民法过去、现在和未来的深层思考\[期刊论文\]-池州师专学报](#) 2004, 18(6)
5. 杨明, Ming Yang [私法社会化了吗?——高科技条件下民法价值取向的再思考\[期刊论文\]-科技与法律](#)2007(3)

6. [岳增玲](#) [在高校“两课”中如何教学民法原则的若干意见](#)[期刊论文]-[大家](#)2009(12)
7. [胡玉鸿](#), [HU Yu-hong](#) [和谐社会与利益平衡——法律上公共利益与个人利益关系之论证](#)[期刊论文]-[学习与探索](#) 2007(6)
8. [王申](#), [WANG Shen](#) [法治实践中的理性、理念](#)[期刊论文]-[同济大学学报（社会科学版）](#) 2005, 16(5)
9. [宋四辈](#) [近代中国民法的社会本位立法简评](#)[期刊论文]-[湘潭大学学报（哲学社会科学版）](#)2004, 28(4)
10. [李俊](#) [公法、私法定位之思考——从法治的视野考察](#)[学位论文]2005

本文链接: http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical_dzkjdxsb-shkx200202023.aspx