

论现代民法的综合趋向

李奇伟

(南华大学文法学院,湖南衡阳 421001)

[摘要] 面对开放、多元、动态的时代形势,近代民法在向现代民法转型过程中呈现出清晰的开放发展、兼容并蓄的综合理论品格。它反映在民法哲学思维方式转换中,展现为民法与其他部门法、学科之间方法、观点的接触融合,并在法律运行过程中促进了立法趋同与法系渗透,焕发了民法的生机与活力。

[关键词] 现代民法; 综合; 趋向

[中图分类号] D913 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2013)02-0078-04

社会时代的跃迁始终影响着民法理论与实践的发展趋向。二战以后,随着后工业社会和信息化时代的降临,经济的快速发展、现代科技的蓬勃兴起、文化的交流互动在社会乃至全球的深层次结构上冲击和松动了以往封闭落后的社会基础,产生了多元开放、动态有序的社会需要与制度变迁要求。正如马克思所言:“社会的迫切需要必须而且一定会得到满足,社会必然性所要求的变化一定会给自己开辟道路,而且迟早总会使立法适应这些变化。”^[1]民法作为市场调节主要规则体系之一,在由近代向现代法治转型过程中首先面临不仅仅是某个具体法律概念、规范、制度的敲敲打打般改造,而应是深层次结构、观念体系的变革,这不仅是对经济社会发展变迁的一种回应,亦是对这些变化的一种形塑与规范。在这一过程中,摒弃封闭、单向、绝对的思维模式,以开放包容姿态综合融汇不同学派观点、不同学科方法,在法制全球化背景下促进立法趋同与法系渗透,是重新焕发民法生命力与活力之关键所在。基于此,笔者不揣浅陋试图从民法哲学、法律运行、学科体系三个层面梳理和总结现代民法呈现的综合理论品格,以期能从观念体系而不是内容上对民法现代化发展趋向作一个不同视角的解读。

一 方法论融合:民法哲学的合流

民法的综合趋向首先反映在民法哲学的变化之中。20世纪中叶以来,在整个西方法学理论从“分化”迈向“综合”的大背景之下,私法领域内某一学派思想占绝对统治地位的现象被打破,以往狭隘的

视域、方法、思维逐渐融合在宽阔的“整体观念”里,鲜明而单一的学派色彩也通过“价值嬗变”而综合、协调。

(一)自然法学向分析实证法学的靠拢

在人类几千年的历史长河中,自然法学的价值理念和思想传统一直为人所重视,从古希腊、古罗马时期,延展到文艺复兴直至现代,自然法学成为贯穿各个历史时期经久不衰的重要理论体系。自然法所倡导的权利、平等、自由、公平的观念作为西方社会的普遍意识,深深积淀于大众的文化心理结构中,亦对民法的发展产生了重要影响。古罗马私法理念与立法技术的先进,近代《法国民法典》、《德国民法典》的问世都源于自然法思想,至今,自然法精神构筑的现代民法深层结构和基本原则仍然发挥着重要作用。然而,随着时代的变迁,学派合流与理论综合的趋势也客观上要求自然法学冲破自我对于抽象的道德原则和价值判断的理论设定,在调整中与社会需要、历史发展相适应,从而在复兴自然法学时显示出一种被改造的实证主义倾向。新康德主义法学创始人什坦姆列尔首先迈出了向分析实证法学靠拢的第一步,他认为“挥舞抽象的、狂热的正义论不但不能改善事态,相反地,愈要不限于恶化的窘境,就愈要充分考虑到人类的事实上的状态”^[2],因而主张“内容可变的自然法”。之后,新自然法学的代表人物富勒也一定程度接受了实证主义方法,他认为作为法律内在道德的程序自然法包括如下8个原则:(1)法律的普遍性。(2)法律的公布。(3)法律是适用于将来,而非溯及既往。(4)法律明确性。

(5)避免法律中的矛盾。(6)法律不应要求不可能实现的事情。(7)法律的稳定性。(8)法律和官方行为的一致性^[3]。显然,与古典自然法高高在上的姿态不同,富勒将研究重心放在程序自然法上,这时的法不论在起源上还是在运用上都是“尘世”的,表明他已深深进入了法律实证主义研究的领域。

(二)分析法学向自然法学的转向

价值、事实和逻辑是构筑成熟民法理论体系的三重要素,分析法学之于民法的意义在于,透过对实在法逻辑和形式的分析形成一整套精密的法律分析方法,以实现民法基本概念与范式的精确和统一。由于分析法学将研究视域聚焦于法律规则、法律规范或者法律制度的逻辑分析和语言分析之上,在一定程度上忽视了法律的道德价值和社会意义,因而,在20世纪中叶的综合法学思潮中受到了诸多责难。霍尔指出,黑格尔以后,法理学中实证论者强调法的形式(逻辑、结构),自然法论者强调法的价值(正义、理性、自由等),社会学研究强调法的事实(心理的、社会的和 cultural 的事实、实效等)。它们各执一词,人为地肢解了法理学对象的统一性^[4]。

博登海默认为:“人类历史的经验告诉我们,不可能根据任何单一的、绝对的因素或原因去解释法律制度。”^[5]新分析法学派代表人物哈特显然意识到了传统分析法学理论之不足。在《法律的概念》一书中,哈特提出了“最低限度内容的自然法”的理论。哈特认为“我们讲的法律实证主义的意思,是指这样一个简明的观点:法律反映或符合一定道德的要求,尽管事实上往往如此,然而不是一个必然的真理”^{[6]188}。哈特进一步指出存在所谓“最低限度内容的自然法”的范畴,“这种自然法是人类为了生存而自然形成的用以补救人性缺陷的行为规则,是一个社会的法律和道德的共同因素。”^{[6]183}在此,哈特开始倡导一条调和法律实证主义和自然法学争论的“中间路线”。

(三)社会学法学与自然法学的融合

在对待其他法学特别是自然法学思想这一问题上,社会学法学内部存在不同的声音,纳维亚实在主义法学和美国实在主义法学对自然法学持批判态度,提倡“价值怀疑主义”,而以庞德、狄骥为代表的主流社会学法学则洞见了理论综合化的趋势,在相当大的程度上吸收了自然法学的合理因素。庞德在著述中写道:“社会学法学家如今都主张建立一种统一的社会科学,并且认为法律科学不可能是与世隔绝、孤芳自赏、自给自足的。他们主张,法律秩序是社会控制的一个方面,并且只有将法律秩序放在

社会现象大环境下考察,我们才能理解它。”^[7]狄骥也并不一概排斥法律理想成分。狄骥按照黑格尔的“正、反、合”格式,以社会连带关系为基础构筑了包括经济规范、道德规范和法律规范在内的规范体系,认为经济规范调整经济关系,道德规范调整思想关系,法律规范作为二者的统一居于最高等级,实现了向“客观法”的复归。正如某些西方学者所指称的那样,狄骥是披着社会学外衣的自然法学派^[8],透过“社会连带关系”和“客观法”体系学说的梳理确实可以发现这一线索。

二 学科整合:部门法、交叉学科的发达

民法的综合趋向也体现在与其他部门法、相邻学科之间方法、观点的接触、融合之上。在现代社会,随着社会进步与法治理念的深入人心,法律在整个社会规范体系中的地位不断提升,法律的触角延伸得越来越广,渗透到社会的方方面面,法律与其他部门法、相邻学科之间的关系越来越密切。在此情况下,现代民法以开放发展、兼容并蓄的综合姿态协调与其他部门法、相邻学科之间的关系,不断吸收他们的认识成果、知识方法来阐述民法与社会的连接现象。

(一)民法与其他部门法之间的整合发展

随着公法和私法的融合,民法与传统部门法:宪法、行政法、刑法之间的隔阂、对立关系逐渐纾解,缓和,在调整领域、方法上产生了更多的交集,呈现出私法公法化或者公法私法化的现象。“传统民法或私法的调整对象只是个人与个人之间的法律关系,但当民法或私法不仅能够把个人与个人之间的法律关系作为调整对象,而且还可以直接把个人与国家之间的法律关系作为调整对象的时候,民法或私法的公法化就出现了。”^[9]于是,在私法领域内以国家干预与调整为内容的公法规范逐渐增多,在公法领域内运用私法手段,例如公法契约、公法上的经营行为,以及以私法方式执行公法任务等现象也不断出现,公法与私法在相互的联系中逐渐协调、融合,民法也开始修正以往绝对化的所有权与过错责任,从权利本位向社会本位转变。

更为重要的是,随着私法与公法、民法与行政法、契约与法律之间不可分割地渗透融合,从大的民法体系中脱身而出更多的新兴的法律部门,如经济法、环境与资源保护法、社会保障法等,这些新的法律领域被称之为“社会法”。民法所具有的强大理论传统、学科体系与实践指向在滋养新兴部门法、推动其发展壮大的同时^①,也促使自身主动调整、转

向、提升,放弃传统的单一主义和绝对主义的路线,走上了复合(混合)主义和均衡主义之路,民法的基本观念也在个人利益与社会利益协调、统一一中发生了根本变化:从权利(或个人)本位主义向社会(或团体)本位主义变迁,由“从身份到契约”逐渐向“契约到身份”回归。

(二)民法对相邻学科方法的借鉴吸收

“在科学发展上可以得到最大收获的领域是各种已经建立起来的部门之间的被忽视的无人区。正是这些科学的边缘区域给有修养的研究者提供了最丰富的机会。”^[10]就民法而言,现代民法的进步和发展在很大程度上也得益于对交叉法学认识的深化。如19世纪末20世纪初,社会学方法在民法的引入冲破了当时在私法领域内占绝对统治地位的概念法学的禁锢,使民法的适用更具社会妥当性和合目的性,产生了20世纪著名的“自由法学运动”。而经济学方法在民法的引入不仅仅生成了现代法学的重要法学流派:法经济学派,产生了诸如科斯、诺思、波斯纳、卡拉布雷西、波林斯基等一大批法经济学家,还直接推动了法经济学的研究框架和方法广泛运用到财产法、侵权法、合同法、知识产权法等部门法以及程序规则、立法过程、公司治理等法治环节中,引发了关于公平、福利、效率、正义、自由等法律价值问题的深入持久探讨^[11]。

同时,民法学方法的重大变革也源自于其他社会科学方法或自然科学方法的引进、移植和融会,特别是现代科学技术对民法的影响。20世纪知识经济时代的来临,信息技术、生物技术的迅速发展,使民法所调整的社会关系更加多样化、复杂化,在知识产权问题、网络法律应对、转基因食品安全等领域开辟了新的空间,民法在调整方法上亦因此发生变化。在不抛弃传统的价值分析、实证分析方法的同时,将历史的、社会的、经济的、逻辑的、比较的方法,以及现代科学技术的“旧三论”(系统论、控制论、信息论)方法、“新三论”(协同论、突变论、耗散结构理论)方法、数学统计分析方法、计算机运用等引入了法学领域^[12],极大的开拓了民法理论与实践研究的视野和开创了新的研究方法,在多元印证与系统研究中促进了民法的发展。

三 运行一体:立法的趋同与法系渗透

民法的综合趋向还反映在民事立法的趋同与两大法系之间的渗透之上。“法律不能在一个封闭的不可知的容器中健康成长,而且我们也不能把法律同其周围的,并对它无害的非法律生活隔离开来。”

换言之,现代社会的法律已立基于一个新的开放的全球化时代,民法不再只是一国法律体系内逻辑结构的演进、发展,它需要从偏执、封闭迈向开放、互动,不断吸收其他国家乃至国际立法的合理因素,使自身在一体化浪潮中具备更强的适应性与生命力。

(一)国际与区域性私法的趋同

德国法学家乌韦·布劳罗克在《法律的全球化趋势》一文中指出:“整体而言,我们能够注意到通过国际公约、民族容纳和国际贸易实务表现出来的日益明显的法律全球化趋势。首先涉及的是经济领域,这是重点。”^[13]在国际法层面上,在经济全球化和国际经济一体化的推动下私法趋同的浪潮逐渐演进为一场影响广泛的私法统一运动,一系列国际立法相继出台,这其中既有关于民事主体规则的如1956年《承认外国公司、社团和财团法律人格的公约》、1968年《关于相互承认公司和法人团体的公约》等;亦有关于契约的如:1964年《国际货物买卖统一法公约》、1980年《联合国国际货物销售合同公约》等;还有关于知识产权、保险等内容的,如1883年《保护工业产权巴黎公约》、1886年《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》、1982年《海上货物保险示范条款》等。这些试图统一私法制度的努力也取得了不同程度的进展和成果,其中较为突出的成就是:1958年联合国《关于承认与执行外国仲裁裁决公约》和1985年联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》。前者囊括了当今世界主要经济体,成员国已达150多个国家和地区。后者则为世界许多国家和地区的国内法所采纳,使仲裁法规顺利地实现了本土化。

在区域法制层面,以欧盟、东盟为代表的区域型组织正积极的推动区域政治、经济的一体化,因此也加快了法制统一的步伐。以欧盟为例,在欧洲经济一体化建设中,由于各国不同的民商法制体系和规范内容使欧洲统一大市场中的市场主体在同一情形下常常享有或者履行不同的权利与义务,阻碍了欧盟各成员国之间人员、货物、服务和资本跨国界的自由流动。为了保障市场的公平和效率,欧盟采取了一系列立法措施来实现欧盟法律的统一,如1977年欧洲理事会制定了《涉及人身伤害与死亡的产品责任公约》、1985年颁布了《欧洲经济共同体产品责任指令》等。更为重要的是,欧洲议会于1989年作出了关于《开始正式为制定一部共同的民法典进行必要准备》的决议,标志着《欧洲统一民法典》开始进入了官方视野。可以想象如果《欧洲统一民法典》和《欧洲统一契约法典》等获得突破,将在世界范围

内为法律一体化提供重要的范本。

(二)两大法系的吸收、渗透

由于历史传统、法理和理念、制度建构等多方面的迥然不同,西方法学传统常常被区分为两支:薪传于罗马——日耳曼法并以法国、德国为代表的大陆法系(Civil Law);因不同的历史因素而形成独特体系的以英美为代表的大陆法系(Common Law)。然而,随着20世纪以来社会经济的快速发展特别是全球化时代的到来,两大法系在经历了大体一致的法律变革历程之后,逐渐放下了唯我独尊的高傲姿态,开始在立场、方法与司法实践中逐步接近、融合。如在立法问题上,近年来英美法系的成文法数量不断增长,以往难于开展的法典编纂运动已经有所松动,美国不少州开始接受法典,《统一商法典》更是在绝大多数州获得施行。在对待司法判例问题上,大陆法系国家虽然仍不承认判例的法律效力,但实践中,大陆法系国家的下级法院进行判决时,经常会考虑上级法院对类似案件的判决。德国比较法学家茨威格特在《比较法总论》中较为准确的总结了两大法系的这种演变,他认为:“在欧洲大陆制定法占绝对统治地位的时代已过去了。在普通法法系,法官越来越倾向于利用立法以便使法律统一、合理化和简单化。在欧洲大陆,法官日益发展法律,从而导致有关实际问题的归纳法和风格的施展余地;反过来,普通法已认识到是法官将法律发展为一种系统秩序,从而使他们更易理解和掌握。所以,人们有理由相信,民法法系和普通法法系尽管是从对立方向出发的,但它们在法律方法和技术上正在逐渐靠拢。”^[14]

总之,与民法现代转型过程中法律性质、法律本位、法律关系乃至法律内容与形式的些许调整相比,从封闭迈向开放、兼容并蓄的综合理论品格更为根本和基础。人们有理由相信,在民法走向现代化的过程中,反映在民法哲学、法律运行与法律学科发展中的综合趋向,既是已然发生的历史亦是正在或即将全方位展开的鲜活法律实践,将对未来民法发展、

进步产生深远影响。

注释:

①如民法是环境法形成、发展的重要渊源之一。民法的法律规制手段对环境问题的解决具有重要意义,如利用物权法原理阐述自然资源权属问题,利用合同法原理解决环境公害问题等。

[参考文献]

- [1] 马克思.马克思恩格斯选集:第2卷[M].北京:人民出版社,1995:127.
- [2] 转引自吕世伦.西方法律思想史论[M].北京:商务印书馆,2006:130.
- [3] [美]富勒.法律的道德性[M].郑戈,译.北京:商务印书馆,2011:40.
- [4] 转引自何勤华.西方法律思想史[M].北京:科学出版社,2009:249.
- [5] [美]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,2004:218.
- [6] [英]哈特.法律的概念[M].许家馨,李冠宜,译.北京:法律出版社,2011.
- [7] [美]罗斯科·庞德.法理学:第1卷[M].北京:法律出版社,2007:267.
- [8] 吕世伦.西方法律思潮源流论[M].北京:中国人民大学出版社,2008:428.
- [9] [日]美浓部达吉.公法与民法[M].黄冯明,译.北京:中国政法大学出版社,2003:234-235.
- [10] [美]N.维纳.控制论[M].郝季仁,译.北京:北京大学出版社,2007:1.
- [11] 冯玉军.法经济学范式[M].北京:清华大学出版社,2009:2.
- [12] 何跃军.超越法律:关于法律发展道路的反思[D].中南财经政法大学硕士学位论文,2007:58.
- [13] [德]乌韦·布劳罗克.法律的全球化趋势[M]//米健.中德法学学术论文集:第2辑.北京:中国政法大学出版社,2006:1.
- [14] [德]茨威格特·克茨.比较法总论[J].潘汉典,译.贵阳:贵州人民出版社,2003:151.

On the Comprehensive Trend of Modern Civil Law

LI Qi-wei

(University of South China, Hengyang 421001, China)

Abstract: Facing an open, pluralistic, dynamic situation of the times, civil law in the modern transformation process presents a clear comprehensive theoretical character. It is reflected in the conversion of the civil law philosophy, the integration of civil law and other sectorial laws, the penetration of legal systems. It radiates the vigor and vitality of the civil law.

Key words: modern civil law; comprehensive; trend