Globethics Repository



论民法的伦理性价值[On the Ethical Value of Civil Law]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	赵, 万一
Publisher	中南财经政法大学
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-10-31 14:30:06
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/179249

赵万一：论民法的伦理性价值

赵万一

论民法的伦理性价值
赵万一 （西南政法大学）

摘要：作者认为，特定的社会伦理观念和伦理规则是各国民法制度赖以建立的基础，也是评价民法制度优劣的主要标准。各国民法无一不是将本国基本伦理制度上升为法律规定的结果。目前中国民事立法所存在的主要问题并不是对外国先进法律制度的移植不够，而是对传统文化的借鉴不足。中国未来的民法典必须同时兼顾其先进性和民族性，应当是在扬弃和继承的基础上构建出一套既适应现代市场经济体制的要求又可得到广泛社会接受的新型民法典体系。
关键词：伦理道德、民法典、民法文化、传统与习惯、移植与继承

为了构筑完整的社会主义市场经济法律体系，同时也为了充分发挥法律对社会生活的确认、界定和引导功能，目前的中国正在紧锣密鼓的在进行民法典的制定工作。但对民法典应依何为本，在理论学界并无一致看法。但基本的态势是对外国先进民法制度的借鉴和移植比较充分，而对作为中国本土资源的传统文化、传统伦理、传统习惯的研究则做的相当不够。之所以会出现这种局面，主要的原因是我们在理论上过多地强调了民法与市场经济的关联性，而对作为民法本体的伦理性则表现出不应有的冷漠。民法虽然是主要调整财产（经济）关系，但民法就其产生和演变来说，对人（其中特别是公民）自身的价值、人的法律地位、人的权利的关注远胜于对财产的关注。这也是民法区别于商法的表现之一。因此，对民法来说，只有人本身才是目的，而财产仅仅是实现人的目的的手段。如果本末倒置，把规范财产关系作为民法的主要着眼点和核心内容，而不注重对人类理性的提升和确认，那么因此而制定出的民法典只能是对民法本质的歪曲和异化。作为民法上的人其最主要的特征则是其具有强烈的伦理性，是典型的伦理性动物。因此对民法的研究离不开对民法伦理性的研究。

伦理一词，按照《辞海》的解释，是处理人们相互关系应遵循的道理和准则，现在常作为“道德”的同义词使用。中国的“伦理”一词来自于音乐现象，“凡音者，生于人心也；乐者，通伦理也。”[1]指按照律吕规范进行乐曲演奏的状况。将其应用到人际关系领域，与人伦概念非常接近。按照先秦思想家的观点，有亲、有义、有别、有序、有信是人伦的应然形态。[2]在西方，亚里士多德把伦理学视为管理人自身的政治，卢梭在《社会契约论》将伦理视域从人类个体拓展到整体的意义，它提出了与个体幸福相对存在的公共福祉，把普遍社会也视作具有自身固有品质的道德的生命。叔本华在《伦理学的两个基本问题》中，指出“同情”是道德的起源和基础。认为“伦理体系得以建立，乃是源于有组织的群体希望创造社会生活的起码条件的强烈愿望。制定社会道德规则，就是为了约束全体同的过分行为、减少掠夺性行为和违背良心的行为，培养对邻人的关心，从而增加和谐共处的可能性。”[3]现代所理解的伦理包括的范围非常广泛，“既可以是低层次的、外在的类似于法律属于‘百姓日用而不知’的东西”，“也可以是高层次的、综合了主客观的、类似于家园、体现了人或民族的精神本质的、可以在其中居留的东西。它连接内外，沟通上下、甚至在凡俗和神圣之间建立其通道。”[4]伦理道德的功能首先在于通过评价等方式来指导和纠正人们的行为和活动，“道德的目的，从社会意义上看，就是要通过减少过分自私的影响范围、减少对他人的有害行为、消除两败俱伤的争斗以及社会生活中其他潜在的分裂力量而加强社会和谐。”[5]同时道德还能够道德能通过评价和鼓励等方式，塑造理性人格，培养人们的道德品质和道德观念。而法律除了具有工具性价值之外，还有一个重要功能就是具有伦理性价值。[6]在真正的法治国家，法治所体现的价值与社会的主流伦理道德规范表现出高度的同质性，法治的价值在很大程度上也是道德规范的价值，或者是伦理道德规范的评价指标。这点在民法中表现得非常突出。

一、伦理性是民法的基本特点之一

（一）民法文化是伦理性文化。从一般意义上说，法律实质上是文化的表现形式之一，与传统、习惯等文化因素密切相关法律文化依赖于一种久远的历史习惯和传统，是一个民族长期的生活方式、宗教伦理、思维方式等的沉淀和凝结的结果，具有极强的地域性、民族性和稳定性，并深深地融会于人们的观念和意识中。亨廷顿认为，我们所说的文化是指人类生产或创造的，而后传给其他人，特别是传给下一代人的每一件物品、习惯、观念、制度、思维模式和行为模式。[7]而民法文化作为法律文化的一种，与其他类型的法律文化的最大区别在于，民法文化主要表现为一种伦理文化，所体现的价值以对人自身的关怀作为首要价值取向。“人性的首要法则，是维护自身的生存，人性的首要关怀，是对于其自身所应有的关怀。”[8]一百多年前，英国著名法学家亨利•梅因曾提出了一个著名的论断：即判断一个国家文明程度的高低，只要观察一下民法和刑法在该国法律文化中的地位即可获知答案。大凡文明程度比较高的国家，其民法就享有相应地比较发达，并且会在整个国家的法律文化中居于核心和灵魂地位；与此相反，在文明程度比较低的国家，其刑法就特别发达，而民法相对萎缩。[9]我们经常说中国法律文化不发达，其中主要指的是民法文化不发达，而民法文化的不发达又直接源于中国长期遵行的“重刑轻民”传统。在现代社会，由于民法作为“经济关系直接翻译为法律原则的法律，是以法律形式表现了社会经济生活条件的准则”[10]，从而使“民法典不管是在哪里，都往往被当作整个法律制度的核心。”[11]因此，对民法观念的弘扬成为各国法治现代化的首要任务。另一方面，由于不同社会对法律的作用和功能以及法律与其他社会规范的关系的看法不同，因此不同的法律文化在法律制度上表现出巨大的差异。在有些国家中，由某种法律制度所调整和控制的社会关系，在另一些国家中，却由非法律的其他社会规范调整和控制。譬如，古代罗马的私法所调整的很多民事关系，在中国古代则由民间的礼俗和习惯来调整。从形式上看，近代欧洲市民社会形成了一个完整的市民法律体系，而实质上则是孕育了一种蕴含于市民法之中的伟大的私法精神，并由此滋养了源远流长的近现代西方法律传统。[12]不仅如此，就其本质而言民法具有非常强的正义性品质。它把维护人的尊严、自由和人格独立作为整个民法制度赖以建立的基础，把个人视为法律关注的焦点，正如孟德斯鸠所言：“在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个的国家。”[13]正是民法的这种正义性才赋予了市民社会不可或缺的自我支持的力量。

（二）民法规范主要表现为伦理性规范。所谓民法规范是指以实现公平为目的，按照一定程序制定出来的为市民社会主体所必须遵守的行为准则。英国近代思想家霍布斯认为：“法律，作为得到批准的法规，其用处不在于约束人民不做任何自愿行为，而只是指导和维护他们，使之在这种行为中不要由于自己的鲁莽愿望，草率从事或行为不慎而害了自己。正如同栽篱笆不是为了阻碍行人，而只是为了便他们往路上走一样。”[14]从社会学角度观察，法律条款无非包括伦理性条款和技术性条款两大类。一般而言，民法规范为商品经济和市场经济提供了一般的行为规则，这些一般行为规则是对整个市民社会及其经济基础的抽象和概括，是人们理性思维的结果，一般较为合理也较为稳定。正是基于这种调整对象的性质和特征以及调整手段的特点所决定，因此民法条款绝大多数属于伦理性条款，即凭社会主体的简单常识和伦理判断就可确定其行为性质，而并不需要当事人必须有丰富的法律专业知识和专业判断能力。对此我们可以通过对民法概念和原则的阐释来加以说明。

首先民法制度是道德化的法律制度。法律作为一套行为规则体系，是通过规定一定的行为模式来规范人们的行为，并对人的行为、活动产生直接的法律效力。而伦理道德主要用于调整人的观念，并通过调整人的观念来影响人的行为，因而伦理道德对于人的行为的效力是间接的。但不论是直接的还是间接的作用于人的行为，伦理道德与法律都具有调整功能，这就决定了伦理道德与法律之间有着共性。它们各自通过自己的方式作用于人的行为，对人的行为发生影响，因此它们都属于社会规范体系，具有规范属性。伦理道德的普遍适用意味着伦理道德通过观念调整人的行为，会随着社会生活的积累而固定下来，形成一定的行为规则来调整人的行为。伦理道德与法律的调整对象在内容上有交叉重合之处，即有些对象既受伦理道德的调整，也受到法律的调整。在这种情况下就要求需要把具有普遍化特征到的伦理道德规范上升为法律规定，即实现伦理道德的法律化。典型的如作为民法“帝王条款”的诚实信用原则，该原则在应用到在法律体系之后，其主要作用是为了克服既有法律规则在适用时可能产生的不正义和漏洞补充中可能产生的偏差。但另一方面，该原则又具有相当的不确定性，这主要源于它原本是一项伦理道德规则。从世界范围言之，“越文明发达、法制完善健全的国家，其法律中体现的道德规范便越多。可以说，一个国家的法制是否完善和健全，主要取决于道德规则被纳入法律规则的数量。从某种意义上讲，在一个法制完善和健全的国家中，法律几乎已成了一部伦理道德规则的汇编。”[15]当然立法者也会顾及整个社会对这种伦理道德行为的认识程度与接受程度。并不能将所有的违反伦理道德的行为都能上升为法律或确立为法律。如果将全部伦理道德问题变为法律问题，那就等于由伦理道德取代了法律，这既不符合人类创设法律的目的，也使国家财力无法能支撑伦理道德全部法律化之后所需要的执法成本。但随着社会的进步和伦理观念的进化，国家有必要把尽可能多的基本伦理规范和和重要的伦理道德规范上升为法律规范，特别是民法规范。[16]

其次，民法概念是具有伦理性的概念。由于法律的首要目的之一是将人类行为置于某些规范标准的支配之下，而且不对某一特定标准所旨在适用于的行为种类加以划分就无法确立规范标准，因而法律与概念之间的关系是密不可分的。自罗马法特别是德国民法典之后，民法非常注重对概念的使用和概念的界定，民法也因此而成为典型的概念法学。概念不但是法律规范赖以表现的形式，也是立法和司法过程中必不可少工具。“没有概念，我们便无法将我们对法律的思考转变为语言，也无法以一种易懂明了的方式将這些思考传达给他人。”[17]与刑法基于罪行法定原则所要求的概念的明确肯定性和不可产生歧义性的要求不同，民法概念则具有相当的弹性和不确定性，典型的如作为民法基本要求的公平和诚实信用、判断行为效力的善意和恶意、确定行为人是否承担责任的过错等概念，都具有相当的灵活性。民法概念的这种不确定性主要是由於社会生活过於複雜，法律概念无法覆盖现实生活中的各个方面。其次则在于民法概念具有高度抽象性。而“法律规则范的用語越概括，就越不明确，在法律规范的實施中，給予法官的自由也就越大。”[18]因此，即使是在一個比較静态的社会中，也不可能創造出能預料到一切可能的争议并預先加以解決的永恆不变的规則。诚如有的法学家所言：當人類关系每天都在改变時，也就決不可能有持久不变的法律关系，只有流动的、弹性的，或有限度确定性的法律制度，才能适应这种人类关系，否则社会就会受束缚。[19]最后一个原因则在于民事活动本身就社会伦理生活的一部分，具有强烈的社会趋同性，而伦理规则是很难用精确的法律语言加以描述的。正是基于民法概念的这种不确定性，民法规范的这种高度概括性和极强的伦理性，决定了法律的适用必须以伦理性的基本原则和民事习惯为指导，并依据各种事实关系与法律规定的内容進行对照，然后作出相应的价值判断。对此，《瑞士民法典》第1条规定：如果法官于制定法中不能发现相应的明确规定，则必须根据习惯法作出判決，而在没有相应习惯时，“则根据如果他作为一个立法者应采取的规定”。中国台湾民法典第1条也规定：“民事法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理。”不仅如此，《法国民法典》第4条还禁止法官以法无明文、含糊不清、不尽完善为借口拒絕受理案件。因为在这种情况下他可以通过研究民法的精神对法律进行明智的和合理的适用。[20]

（三）民法的法治精神体现为符合理性的伦理性法治精神。法治是现代社会对人类社会的重大贡献之一。贯穿西方法治的一根主线是对人类理性的呼唤。关于法治的含义，古希腊哲学家亚里士多德在其《政治学》一书中认为：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”[21]并率先提出了“人是理性的动物”的命题。现代西方法律基是罗马法，在古罗马那里，法这个词就是正义Lustus。法被杰尔韦定义为“善良和公正的技艺”，乌尔比安提出法的定义是：“诚实生活，不犯他人，各得其所”。[22]梅因在《古代法》中讲到：“罗马人认为他们的法律制度是由两个要素组成的。经查斯丁尼安皇帝欽定出版的‘法学阶梯’Institutional TreaA tises）中说：‘受法律和习惯统治的一切国家，部分是受其固有的特定法律支配，部分是受全人类共有的法律支配。一个民族所制定的法律，称为该民族的‘民事法律’，但是，由自然理性指定给全人类的法律，则称为‘国际法’，因为所有的国家都采用它。’所谓‘由自然理性指定给全人类的’这一部分法律，就是被假定为由‘裁判官告令‘带入罗马法律学中的原素。在有些地方，它被简单地称为‘自然法’（Jus NatuA rale）；它的规定据说是受命于自然衡平（naturalis Equitas）和自然理性。”[23]西方近代市民社会的兴起就伴有罗马法的复兴、宗教改革及新教伦理形成等深邃的社会文化背景。理性作为斯多葛学派的一个重要概念，被认为是一种遍及宇宙的万能的力量，是法律和正义的基础。西塞罗认为自然法的本质是正确的理性，理性是人区别于自然界其他动物的标志。自然法思想是现代西方法治的基石，而自然法的一大内容就是理性。孟德斯鸠、卢梭等是近代西方法治的主要设计师，他们又都是启蒙思想家和理性主义的倡导者。而理性和伦理又有着密不可分的联系。作为理性结晶的民法并不对个人的伦理道德省思的能力及其所达到的境界问题予以太多关注。而注重底线上的、足以约束共同体所有成员对于共同体公共价值准则、公共利益分配方式的伦理建构。[24]可以说理性要求就没有现代民法制度。

（四）民法的权利本位思想主要体现的是伦理思想。著名法学家梁慧星先生认为，所谓民法之本位，也就是民法的基本目的，基本作用或基本任务。概言之，即民法之所以存在，其追求的效果是什么，达到什么样的效果，则民法就实现其存在的价值。其中自由、平等、正义是法律所追求的永恒的价值，同时也是民法所拥有的最基本价值。[25]对民法以何为本位在学术界有不同理解，但以权利为本位无疑是一种主流观点。其主要表现是，民法在整个内容设计上就体现为是权利法，她以一系列权利的设定来给人自由选择的空间，承认、弘扬人的理性。民法的权利本位思想首先来源于社会经济伦理思想，这种经济伦理包含的内容主要有市场交换中的道德秩序、分配法则和占主导的价值体系，如对财富的追求、使用和管理。市场经济的道德秩序，主要是由经济伦理的第一层次——职业道德和经济信用构成，这两者构成了人们的行为准则，是市场经济运作的基石和市场有序化的保证。现代市民社会奠基于市场经济体制之上，有其道德基础，即对他人生命、财产、自由权利的尊重，其包括民法在内的全部法律制度都以此为出发点。道不仅如此，权利本身就意味着正义。拉丁文“ius”在理解上既指权利也指正义，英文“right”也同时有权利和正义的含义西方文化中将个人的权利强调为是一种社会普遍适用的争议，反过来说，正义也不言而喻地象征着一种当然而为的权利。[26]对此，黑格尔总结到：“在希腊人中，道德同时也是法定的权利，就是因为这个缘故，宪法完全以来于道德和认清，其中还没有一定的原则，来均衡人们内在生活的易变性和个人的主观性。”[27]在法律和伦理的关系上，郝铁川教授曾写过一篇文章，叫做《良善优于法律》，认为在解决良善与权利的冲突中，应当良善优于法律。认为权利本身有其固有缺陷，权利的本质是通过对他人的不信任和防范，来捍卫自己的利益，实现权利的办法是把每一个人从整体中尽量剥离出来，以昭示个人权利的排他性。因此提出，我们既要吸纳西方尊重权利的经验，又要防止权利代替良善的弊端，最大限度地减轻权利本位的负面作用。[28]这一观点对当前我国的民事立法无疑具有一定借鉴意义。

二、民法的伦理基础

（一）民法起源于人的伦理要求。人性本是一个纯伦理学的范畴，但对人性的预设构成了所有时代、所有国家根本政治制度的出发点，也构成了立法的基础。任何制度都是针对人设定的，都是建立在一定的人性假定基础上的。对人性的不同假定可能导致不同的政治路径。法律是一种文化，性善与性恶是其永恒的主题。有人认为在，一切法律问题说到底都是法律文化问题，而一切法律文化问题说到底又都是从对人性善恶的假设与判断开始的。中国古代之所以没有形成像古希腊、罗马那样崇尚法治的传统，除了经济、政治原因之外，与性善论这一价值观念具有密切关系。性善论把人心视为一切美好价值观念的源头，从而把治理国家看做是“修身、齐家、治国、平天下”的道德修养过程，不是努力通过建立、完善外在的规范和制度去约束人的行为，相反却是尽力向内心挖掘，试图通过提高人的觉悟来建立一个君子国。[29]因此，就人的本性而言，是不需要法律的，“以孝治天下”、“以德治天下”是最好的治国方式，从而产生所谓的“泛道德主义立法”。

而西方则更多的强调的是性恶论，人性恶构成法存在的不可或缺的哲学主体性预设。柏拉图早年认为人的本性是善良的，但到了晚年，柏拉图发现人的本性并非他所说的那样善良，因此，他提出了人性总是贪婪自私的观点，主张在人性尚不能向善的情况下，只好暂时采用法治。亚里士多德是西方哲人中率先提出法治主张与学说的，他完全抛弃了性善论信条，径言人的本性是贪婪自私的，需用法治加以约束，而掌握权力的人的本性更容易暴露罪恶，所以必须以权力制约权力。西方的法治思想就是这样从假定人性恶的基础上启动起来的。基督教产生后，其“原罪”说更使西方人坚信人性本恶，中世纪经院哲学家认为人有原罪，人在胚胎中就有了罪恶，因此需要用外在的力量加以抑制。中世纪教权与王权的并立、冲突，也更使西方人坚信权力制约的必要性。西方近代法律文化思想不仅没有中断人性恶与法的因果逻辑链条，而且使之日益突出和系统化。霍布斯认为，作为自然的产物，人类的情感和欲望构成了人性；利益是欲望和情感的动因；人的一切行为都是为了个人利益，都是为了满足个人的欲望、情感，因此人天生是自私的和是恶的。普芬道夫、斯宾诺莎、孟德斯鸠都是公开主张人性恶并将其作为法的基础的思想家。康德虽强调理性是人的本性，也承认自然欲望是人性的一个组成部分，但他也同样强调“人性的软弱和缺点，”这种缺点不仅指道德上善良的欠缺，而且指在它里面存在着倾向于罪恶行为的强有力的因素和动机。人的本性陷在恶里很深，这导致了人们在社会中的对抗，正是这种对抗唤醒了人的全部力量，实现了人类历史由野蛮到文明的发展。所以，恶表现为人类历史的动力。黑格尔坚持用辩证的观点看待恶，认为恶作为善相对立的范畴也是意志的表现，恶同善一样都是导源于意志的，而意志在它的概念中既是善的又是恶的，善与恶是事物的肯定与否定的统一。[30]人性恶在所有权制度的产生上具有非凡的作用。正是为了适度抑制人性恶，产生于社会而又超脱社会、作为社会异己力量的国家才出现，国家才以法律确认私人占有的合法性质，私人所有权才得以产生。正如有的学者所言，所有权的产生是人们无可奈何的选择，源于人性恶，也是为了遏制人性恶，因为在任何社会和任何情况下，生存都是人的第一本能。为了公众生存，必须有超强制的公共权力把人的行为控制在规则许可范围内。[31]大体而言，在人类法律史上，凡是法治论者多是理性主义者。而理性就其本质来说是对人的本性不信任的人们所特有的一种思维方式。认为法律不是针对善，而是针对恶制定的。

（二）弘扬和抑制人性是民法的主要作用。人性恶的假定在不同的法律领域有不同反映和要求。就公法领域来说，由于“ 宪政主义认为人性是不完善的，有自私和滥用权力的倾向 ”，[32]而“ 宪政就是被设计用来弥补人的缺陷的 ”[33]，因此每一种政治制度都是针对某些恶而设计的。宪政的存在这一事实即表明了人性的不完善。康德认为，法律必须也适用于一群魔鬼，如果它们只有头脑的话。休谟认为，“ 政治家们已经确定了这样一条准则，即在设计任何政府制度和确定几种宪法的制约和控制时，应把每个人视为无赖－－在他的全部行动中，除了谋求一己的私利外，别无其他目的 ”[34]。休谟的这种“ 无赖 ”假定，不是究诘人性的真相，而是从规范的意义上为宪政给定一个出发点。它体现了人类的睿智与策略：先设定一种最坏的情形即每个人都是无赖，然后在这个前提下求其防范，求其统筹，求其化弥。府若不是对人性的最大耻辱，又是什么呢？ ”所以必须对人的内在本性进行控制。在民法领域，性恶所防范的对象则主要是国家和国家公权。民法认为国家公权力的私欲最容易泛滥，最容易侵害公民的私利权，所以民法必须实行私法自治和私法优先，凡公民私力可以妥善了结的事情，就无需国家公权介入。有学者说，民法是最贴近人的本性的法律。人的本性一半是天使，一半是禽兽。禽兽的一面来源于人的欲望的膨胀，天使的一面来源于社会规范的矫正与内化。立法者必须考虑的是：作为其法律规范接受者的，正是这些聪明和自私但又没有些许道德而聚集一处的人。由于对人性的不信任，为了防止社会个体间的权利滥用，人们制定了界定每一个体权利义务的私法，划定了每一个体的权利义务范围，既不允许国家权力擅入个体权利领域，也不允许社会个体间相互践踏权利。[35]民法对人的这种不完善性的预设，实际上是从强烈的道德感出发的，是对人性中与生俱来的缺陷的正视和反省，因此在制度设计上，民法不但要弘扬人的天使的一面，对公民赋予众多的权利，同时又要抑制人的禽兽的一面，以一系列义务的设定来防止人的欲望的膨胀。

（三）是否符合伦理是判断民法制度优劣的主要标准。判断一个法律制度优劣的主要标准有两个：一个是法律所体现的人类理性程度的高低，即法律必须是良法；另一个则是法律为社会所接受的程度的高低，二者缺一不可。与此相适应，法治社会形成的最基本条件也就是亚里士多德匀勒出的“ 良法+普遍守法 ”的框架。普遍守法即法律道德化后的守法精神；良法即善法、符合人类良知与正义道德的法律。能够被称之为良法的法，至少应包含人权性、利益性、救济性三种内在的品格。其中人权性是法律的道德基础，失去人权性的法律即使形式合理但实际价值不合理，最终会被人类所唾弃。[36]在古希腊罗马的时期，法学家把法律提到伦理性的高度加以赞扬，认为“ 法律是善和衡平的艺术 ”；同时，他们十分重视从社会文化伦理角度解读法的精神本质，将其看成是深藏在实定法之后的最高价值主体，从而确立法律的至高无上的地位。查士丁尼曾说：“ 法学是关于正义和非正义的科学 ”。正义作为法的基本原则，它追求的是某种完善的目标、道德价值或理想的秩序。但正义不仅是一种法律理想，也是一种现实的可操作性的法律原则、标准和尺度。人们期望通过这样的法律原则，建立起个人和他人之间的和谐关系。可见，维持人类生活秩序之最后手段，乃在于有理性之道德观念。[37]法为良法的另一层含义就是本身必须具有合法性，“ 恶法 ”不应当被社会所遵守。西塞罗提出了著名的“ 恶法非法论 ”。马克斯.韦伯认为，“ 所有经验都充分表明，在任何情况下，统治都不会自动地使自己局限于诉诸物质的或情感的动机，以此作为自身生存的基础。相反，任何一种统治都试图唤醒和培养人们对其合法性的信念。 ”[38]而合法性本身就具有非常强的道德评价因素，“ 合法性含有若干道德意味，满足了合法性，似乎意味着满足了在道德上很重要的价值 ”。[39]

（四）伦理性是民法得到有效遵守的信仰保障。作为法律特别是民法之所以能被有效遵守，其前提是该法律必须被社会公众素信仰。对此，著名法学家伯尔曼曾说过：“ 法律必须被信仰，否则形同虚设。 ”[40]而作为法律被信仰的前提又是法律必须有神圣的渊源，“ 没有了神圣的渊源，也就没有了永恒的有效性。 ”[41]“ 正如心理学研究已经证明的那样，确保遵从规则的因素象信仰、公正、可靠性和归属感，远较强制力更为重要。法律只在受到信任，并且因而并不要求强制力制裁的时候，才是有效的 ”[42]。西方的民法理念在很大程度上首先来源于宗教信仰。宗教信仰之所以能承载这种维系文化延绵的任务，首先是因为信仰能给出了使行为动机成为可能的充分价值根据。按照基督教的思想，上帝即正义、即挚爱、即善，因而人的存在本身亦是正义的、挚爱的、善的存在。这就从本体论上构成了对非善、欺骗与恶的根本否定。法律是人的东西，是一定历史时空范畴里的东西，不具有超验的神性。但这并不排斥其神圣性，因为人的人格、尊严和价值同样是神圣的。[43]现代民法之所以能够被信仰的另一个主要原因则在于为它符合人类的理性，是正义的。任何法律行为要想得到有效遵守，必须符合人们基本的价值判断和伦理要求，对民法来说尤其如此。对此罗尔斯认为：“ 法治所要求和禁止的行为应该是人们合理地被期望去做或不做的行为。 ”[44]古罗马发达的民法制度及与此相关的法学家们对法律的崇高追求，很大程度激发了当时城邦人民对法律的崇高情感，即对法律的信仰之理念。而这种信仰的产生，无疑促成了当时城邦社会法治精神的形成，加快了罗马城邦国家告别原始共同体的人治模式，并使之进入了依法而治的法治化的历史进程之中。[45]由此可见，一个国家的民法及至整个法律制度合法性，取决于的该国家的社会认同和遵守的一致性－－即不违反社会的公理。任何至高无上的权力和个人对这些自然法的挑战，都是对整个人类发展中所自然形成的道德与法律的违反和颠覆。任何民法制度的设计，都必须符合基本的社会理念，这些理念包括正义、公平和公正，必须符合人的基本权利的要求。

三、 具有伦理性的民事习惯和民事传统是民法的主要渊源

关于什么是法律不同学者站在不同角度可以给出不同答案。我更倾向于有学者对法律概念的以下表述：法律是特定社会用来调整人们的权利义务关系、并可反复适用，且由获得社会认可的物质力量保障其实施的普遍性行为规范。[46]这一相对宽泛的概念涵纳着三个级次的“ 法律 ”：一是由尚不稳定和较为脆弱的社会物质力量来保障实施的不成文习惯法或称为习惯；二是由较为稳定和较为坚固的社会物质力量来保障实施的成文习惯法；三是由高度稳定、强固的国家来保障实施的国家法。在以上几种法律的表现形态中，习惯法和交易规则都与伦理有密不可分的关系。

习惯，从词义上讲，是人们长时间重复实践而巩固下来的并变成需要的行为方式。习惯具有较强的确定性和确信性。民事交易习惯是利益对立的当事人在交易过程中，经过多次实践和利益平衡而形成的，并反映当事人意思自治的，为交易主体所主动遵守的、具有一定约束力的行为规则。习惯在民法的发展史中占有非常重要的地位，是调整民事活动的主要依据，特别是在早期的民事活动调整中，民事习惯是最基本的法律渊源之一。对此恩格斯曾经精辟的说到：“ 在社会发展的某个很早阶段，产生了这样一种需要，把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来变成了法律。 ”[47]一般认为，现代民法来源于古罗马的市民法，并逐步成长为市民社会的私法。而市民社会的私法乃是市民社会自身积淀的习惯、风俗、惯例等抽象规则长期进化的结晶，习惯法堪称私法的真正渊源所在。梅因认为“ 所谓‘ 万民法 ’，即‘ 所有国家共有的法律 ’。事实上，‘ 万民法 ’是古意大利各部落各种习惯共同要素的总和，因为这些部落是罗马人有办法可以观察到的、并且是不断把移民一群群送到罗马土地上来的所有国家。当有一种特别惯例被看到为大量的各别民族共同应用时，它即被纪录下来作为‘ 所有国家共有的法律 ’或是‘ 万民法 ’的一部分。 ”[48]由此可见，真正的私法只能从市民社会内部生发和成长，且主要由形形色色的习惯法演变而成，是被赋予权威性和强制力的习惯法，而习惯则具有强烈的伦理性，是社会伦理的固化形态。法律与习惯不同，“ 法律是立法者创立的特殊的和精密的制度，风俗和习惯是一个国家一般的制度。 ”[49]与规范相比，习惯具有以下几个特点：首先，习惯具有模糊性和非规范性，习惯的具体内容和含义通常是通过人们的理念来体现的，并不表现为非常确切肯定的程式和规范，对习惯的遵守也具有一定的任意性。其次，习惯具有一定的约束力。虽然习惯不象法律规定那样以国家的强制力为后盾，具有外在的强制性。但习惯对社会主体的行为仍具有相当的约束性，并且这种约束力已经内化为社会主体的一种自觉行为，即具有一定的内在强制性。第三，习惯具有历史性，且是由历史来趋动的。这有两层含义：一是说习惯的内容具有历史性，古代的习惯和现代的习惯在内容上有明显的差别；二是说习惯的形成要受制于历史的趋动，是人们在多次的往复实践中不断积累并逐渐形成的。[50]习惯对维持社会的正常运转具有非常重要的作用，特别是在法律规范比较匮乏的社会中，习惯的作用就更为重要。“ 这种具有普遍约束力的习惯对调整人们之间的社会关系具有十分重要的意义，在实践中常常能得到社会和国家的普遍认可，并逐渐发展为具有法律性质的行为规范。 ”[51]即使在现代社会，习惯仍然是各国民法的重要渊源之一。交易习惯在市场经济关系中具有非常重要的作用：它可以提高市场的自律水平，降低法律的运行成本；可以填补法律的空白，解释法律的含义，使法律得以更加合理的施行。因为交易习惯作为自律性的行为规则，在法律空白时可以为交易主体提供可供选择的行为模式，在法律含义模糊或发生冲突时，可以提供解释法律所需要的事实依据和经验模型。[52]况且，在许多情况下，“ 法律和习惯作为人们行动的原因和效果，互相交错，难分难解。 ”[53]

民事习惯的形成与民族传统密不可分，从某种意义上说，民事习惯就是民族传统长期积淀的结果。按照一般理解，传统是指整个群体或其大部分成员所共同享有的东西，是人们所共享的生活经验和行为模式。传统具有以下几个特点：首先，传统是流行于一个社会中，最具核心意义的社会与文化经验的贮藏物。其次，传统应具有一定的积淀性，只有连续几代人所共享的文化因素才能构成文化传统。再其次，传统具有一定的保守性，传统一旦形成就具有极强的生命力，可以独立于社会制度和其他意识形态而存在。第四，传统具有一定的地域性。由于受人类交往条件和信息传递条件的限制，因此传统的形成通常是某一特定区域内的社会成员共同生活要求的结晶。因此传统通常在特定区域内发生作用。当然也不排除在特定条件下借助于国家的强力可以将某些传统推行到一国范围内之内。最后，传统的存在具有久远性。传统一旦形成之后就不会轻易改变，除非周围的形势发生了排斥这些观念或行为模式的变化，或出现了可替代其的更有效的观念或行为模式，否则就将一直被奉守或坚持下来。换言之，只要适合传统发挥作用的内外部社会政治、经济文化条件没有发生实质性改变，传统就一直会存在下去。积淀于法律传统中的法制文明成果，由于都经过时间之长河的淘洗冲刷，经过数代人的筛选磨炼，因而往往是历史上富有生命力的东西。由于传统中风俗、礼仪和法律的紧密联系，乃至合为一体，使这种潜移默化的力量在中国历史的发展中积淀下来，可贵的伦理观念成为判断行为的规则标准，这种礼的力量也是民族精神的力量。西方学者对中国的这一法律传统也是颇有赞美之辞的，早在孟德斯鸠的《论法的精神》中就对中国这种传统道德的积极作用做出很高的评价，他认为礼教作为中国国家的一般精神，并且在不违反政体的原则的限度内，遵从民族的精神是立法者的职责。德国法学家K. 茨威格特、H. 克茨也认为：“ 维持每一种不是必须毁灭的事物乃是有用的；法律应对社会习惯予以尊重，除非它们是邪恶的 ”。[54]

四、伦理性应是未来中国民法典制定的主要依据

目前中国正在积极进行民法典的制定工作，未来民法典应如何制定既关系到未来民法典的起草思路，也关乎未来民法典在社会中实施的成效。现代社会以进入21世纪，因此未来民法典体现的自应是现代民法精神和现代民法理念，而现代民法精神和现代民法理念的确立又离不开对外国法的移植。

（一）法律移植－－市民社会观念是未来中国民法典的立法基础。埃尔曼认为：“ 法律移植是将某些制度和规范从一种文化移至另一种文化。 ”[55]中国民事立法中对外国法律的移植除了要移植具体的法律规定外，更重要的应当是对市民社会制度和市民社会观念的移植。“ 市民社会 ”一词来源于英文civil society一词，最早使用的人是古罗马哲学家亚里士多德。在亚氏那里，civil society(即koin ō nia politik)一词系指一种城邦（即Polis），即“ 自由和平等的公民在一个合法界顶的法律体系之下结成的伦理－－政治共同体。 ”[56]后经西塞罗于公元一世纪将其转译成拉丁文societas civilis，不仅意指“ 单一国家，而且也指业已发达到出现城市的文明政治共同体的生活状况。这些共同体有自己的法典（民法），有一定程度的礼仪和都市特征（野蛮人和前城市文化不属于市民社会）、市民合作及依据民法生活并受其调整、以及‘ 城市生活 ’和‘ 商业艺术 ’的优雅情致 ”。[57]这种涵义的市民社会在14世纪的欧洲被广泛采纳，并对资产阶级民事立法产生了重大影响，构成了现代民法的制度基础和观念基础。对市民社会制度和市民社会观念应从以下几个方面进行把握。

1. 市民社会观念反映的是一种伦理性观念。市民社会首先是作为一种思想观念而存在的，其次它又表现为一种社会制度结构。一定社会的市民社会观念是特定历史条件下的产物，其形成除了受生产力的发展水平和生产关系的社会性质所决定外，还要受社会习惯、民族心理、文化传统及地理环境的综合作用。就其产生和嬗变历史来看市民社会与民商法律制度、私法理念和权利观念有着极其深厚的理论渊源。民法观念和民法律制度首先根植于市民社会观念和市民社会制度结构，早期的罗马法曾被称为“ 市民法 ”或“ 万民法 ”就是最好的明证。道德、法律、宗教其实是赋予市民社会的三大隐喻，彼此渗透。其中，作为一种社会契约性道德并具宗教神圣色彩的法律，可以赋予世俗、功利、感性的市民社会以一种真正的外在超越性。作为道德化的法律就是自然法。古希腊的斯多葛学派已提出了自然法理论。按他们的理解，所谓自然，就是统治原则，它遍及整个宇宙。这种统治原则本质上具有理性。芝诺认为，整个宇宙是由一种实体组成的，这种实体就是理性。因此，作为市民社会主要法律表现形式的自然法就是理性法。而这种理性法又与伦理习惯密不可分，对此刘武俊先生认为，从某种意义上讲，市民社会的私法乃是市民社会自身积淀的习惯、风俗、惯例等抽象规则长期进化的结晶，习惯法堪称私法的真正渊源所在。真正的私法只能从市民社会内部生发和成长，且主要由形形色色的习惯法演变而成。因而，任何无视本土的习惯法资源而由理性凭空臆造的所谓“ 私法 ”，都很难真正与市民社会融为一体而注定缺乏生命力。这类伪私法的存在往往对市民社会的发育和生长构成潜在的威胁。[58]同时民法观念的发达和民法制度的完善又对市民社会的发展和定型化发挥发挥了重大作用，作为私法重要内容的民法律制度已成为现代市民社会赖以正常运转的一个非常重要的组成部分。市民社会中的最主要法律观念是权利优先，“ 在权利与权力的关系中，权利本位的法律精神意味着：公民的权利是国家权力的源泉，也是国家权力配置和运作的目的和界限，即国家权力的配置和运作，只有为了保障主体权利的实现，协调权利之间的冲突，制止权利之间的相互侵犯，维护和促进权利平衡，才是合法的和正当的。 ”[59]对权利的渴望和对权利保护的渴求，是人的最基本的伦理要求，因此从某种意义上说，尊重人的权利就是尊重人的伦理选择，就是尊重人本身。

2. 市民社会是符合人类伦理的自由经济社会。近代的市民社会观念的产生源于政治自由主义的发现和市场经济的弘扬。主要表示的是以财产关系为核心的社会关系，即从物质生产和个人交往中产生和发展起来的一切社会关系和组织。自由主义思想家的主要关注点是如何将国家权力限定在一定范围内，也就是如何使不同个人、群体和阶层的自由与政治秩序或国家的政治强力有机结合。按照英国经济学家和伦理学家大卫•休谟认为，人类社会最初结合的力量是男女两性关系，后来扩展到亲子关系，逐渐形成范围更大、关系更多的社会。人类的个体有不如动物的天然弱点和缺陷，因而只有借助于社会才能生存和发展。为了补救人类天性中的自私和贪欲的缺陷，人类社会缔结了稳定财务占有、互相约束、互相克制的协议，这些协议实际上就是“ 以社会的需要和利益为基础的人类的发明 ”[60]。认为市民社会和市场经济的生存和发展离不开三项基本法则，“ 我们已经略论了三项基本自然法则，即稳定财务占有的法则，根据同意转移占有物的法则，履行许诺的法则。人类社会的和平与安全完全依靠于那三条法则的严格遵守，而且在这些法则遭到忽视的地方，人们也不可能建立良好的交往关系。 ”[61]亚当.斯密进一步从经济关系的角度对市民社会的特点进行了论证，认为个人是“ 天赋自由制度 ”的基础，在“ 天赋自由制度 ”社会中，其规律性力量是由市场这只‘ 看不见的手 ’来进行调控的。而政府在市场经济中应遵守的基本伦理准则就是放任。[62]这一观点的最根本的贡献在于确立了市民社会与国家的严格分离原则：自由放任意味着作为经济领域的社会完全独立于作为政治领域的国家，后者不应干涉前者。意即市民社会乃是由一个由诸多相互关联的生产、交易和消费行为构成的总和，拥有自身的内在动力和不受外界影响的规律，从而独立于政治和国家。市民社会有一种区别于政治、宗教和国家的经济生命。[ ]63这种强调经济规律不受国家干预进而认为社会拥有区别于政治国家的经济内容的观点，基于对国家权力疆界的限定和市民社会原则上不为政治权力渗透的理念，打破了国家权力无所不为的政治专制思想，为使经济社会和人类自身获得政治上的解放提供了学理上的引导。此后对市民社会概念作出里程碑式论述的是黑格尔。“ 现代意义上的市民社会概念就是由黑格尔加以提出并由马克思加以完善的 ”，[64]黑格尔认为，“ 市民社会 ”---或者毋宁说是社会的商业部分---既不同于家庭，也不同于国家。它是市场，是社会的商业部分，是市场得以运作以及其成员得以保护所必须的制度和机构。[65]他认为“ 市民社会 ”一词主要有三个基本特征：第一，它是社会的一部分，不同于国家且独立于国家。第二，它构成个人权利，特别是个人财产权利的基础。第三，市民社会是由许多自主的经济单位或商业公司共同构成的集合体，这些经济单位或公司的行为独立于国家之外，且互相竞争。[66]除此之外，市民社会还以政治权力和民事权利的完全分离，强调国家应严格限制自己的权力范围和权力界限，承认民法律制度属于市民社会的重要组成部分，充分尊重个人的自由意志等为主要内容。资产阶级启蒙学者关于市民社会的思想观念，对于推动资本主义制度的构建、自由经济的张扬和现代意识的形成发挥了很大作用。

3. 市民社会是以民法为基石的社会。市民社会观念从其产生的那一刻起就与民事立法和民法文化发生了极其密切的联系，民法本身就是市民社会的有机组成部分。民法是整个社会制度的基石，特别是对调整私人生活具有十分重要的意义。同时民法律制度在其发展过程中也不断吸收市民社会思想中的先进理念。古典市民社会观念产生于古罗马城邦制国家中，其直接结果是带来了古罗马法律文化和法律制度的繁荣。伴随文艺复兴时出现的市民社会制度和市民社会观念的昌盛，则导致了罗马法的复兴和现代民法律制度体系的创立。同时，市民社会观念和民商事立法还与商品经济和市场经济有着天然联系，并且以商品经济和市场经济作为其存在基础。在法与市民社会及经济基础的关系上，马克思指出：“ 法的关系正像国家的形式一样，既不能从它本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质的生活关系，这种物质的生活关系的总和，黑格尔按照18世纪的英国人和法国人的先例，概括为‘ 市民社会 ’，而对市民社会的解剖应该到政治经济学中去寻求。 ”[67]作为市民社会存在基础的商品经济和市场经济是一种开放性的经济形态，它所要求的价值观、平等观、效益观、竞争观既是市民社会思想观念的主要内容，也必然会在民事立法上有所反映。民法在反映市场经济规律的基础上，会形成一系列以公平为核心的利学准则，如自愿、公平、等价有偿、诚实信用、无过失责任等原则。这些原则不但会在商品交换的领域里发挥作用，而且势必影响到社会的政治、经济、文化、道德及意识形态的各个方面，影响到市民社会的产生和发展。对此，马克思曾精辟地指出，平等和自由不仅在以交换价值为基础的交换中得到尊重，而且交换价值的交换是一切平等和自由产生的基础。可见，一定类型的民法不仅作为直接调整市场经济关系的规范形态而存在，而且还作为一种文化现象渗透于社会生活的各个领域。民法文化构成一定社会文化源流的重要组成部分。传统民法文化不过是市民社会人本主义思想和“ 天赋人权 ”思想在法律上的表现，是“ 私权神圣 ”原则的充分体现。由于中国长期以来并具备严格意义上的现代主义思想，正如马克斯。韦伯所言：“ 中国高度民主发达的历史学，不具备修昔底德斯（THUCYDIDES）的方法。 ”“ 没有罗马法及受其影响的西方法那种严格的系统思想形式，而这是合理的审判过程最基本的东西。 ”[68]因此，对市民社会制度的确立和市民社会观念的培养只能借助于对外国法的移植来完成。

（二） 未来中国民法典应是中国民族习惯和民族传统的结晶。从另一方面来说，民法作为与公民社会生活联系最为密切的法律，除了要注意对先进法律文化和法律制度的移植之外，还要求其规范内容必须与公民的传统伦理观念和道德要求相一致。如果根本无视法律产生的社会需求和文化底蕴，而仅仅将所谓的外国的先进法律规定“ 移植 ”到异质社会中，法律必将与现实生活脱节，毫无实际效用。有学者认为中国古代的法律传统以“ 伦理法 ’著称[69]，并将其作为中国古代法的主要特征之一。但同样不可否认的是，无论是中国法还是外国法，无论是古代法还是现代法，伦理性都是法的主要特征之一，特别是民法更具有非常强的伦理性，只不过在中国的古代法中这种伦理性表现得更为严重突出而已。中国传统法律文化经历几千年的演变和发展，形成了一种有着鲜明个性和成熟型态的法律文化样式。自近代以来，由于受西方法律文化的冲击，中国传统法律文化的地位、影响范围和社会作用都发生了根本性的变化。时至今日，我们几乎很难找到直接渊源于中国传统法律文化的法律概念和法律制度。但另一方面，我们也不能低估传统法律文化对现实社会生活中的重要影响。换言之，尽管传统法律文化屡遭重创，但其很多因素仍然顽强地延续下来，存在于中国民众的法律意识、风俗习惯、行为方式中，作用于国家正式法控制之外的社会生活领域，在维护民众的日常生活秩序上依旧发挥着重要的作用，甚至还影响国家正式法的实施。[70]例如，具有传统色彩的礼俗习惯、乡规民约在很多基层社区中仍是维护社会生活秩序的重要社会规范，具有传统色彩的民间调解机制解决了基层社区中发生的大量社会纠纷。“ 在中国，礼仪、善意、正直的概念一向比强制与惩罚更受重视，和睦与调解的思想一向被认为应优于诉讼中的主观权利思想。 ”[71]对中国的社会生活影响最大的是“ 德 ”“ 礼 ”和习惯。其中的“ 德 ”“ 礼 ”又具有准法律性质，属于中国古代的伦理法范畴。汉朝的道德的法律化一方面表现为把符合儒家原则的通过法律表现出来，另一方面表现为董仲舒的春秋绝狱，即在司法中引据经典对案件进行审理。“ 春秋绝狱 ”的目的固然是要解决法律适用过程中的一些具体问题，但从另外一个更高的层面上来看，其更重要的作用则是在通

过审判活动塑造古代法的伦理结构。而礼的起源与宗教、祭祀、宗法有关，它体现了社会中的宗法身份等级，同时作为身份社会的古代中国也促成了礼的繁衍，两者互为支架。但礼的范围很难界定，它包罗万象，无所不在，既可以是个人生活的基本信仰，又可以是治理家、国的根本纲领；它是对他人做道德评判和法律裁断的最后依据，又是社会所有制中所包含的基本精神；它一方面细腻地对人的行为做出准则式规定，另一方面又对社会的方方面面作理论上的抽象。[72]在现在的法学家看来，“礼既是道德又是法律”。[73]“礼”作为一套治理国家的手段，其渊源是作为风俗习惯的礼仪规范。儒家的礼治、德治、人治三大主张本身是结合在一起的，只有全面考察才能理解礼治是贤人政治的根本特点。传统的社会秩序以家族本位的伦理秩序为前提，以礼制规范为主体，而法律只是一种补救措施。[74]也就是《唐律疏议》开篇所说的：“德礼为政教之本，刑罚为政教之辅”。尽管中国社会不断的变革和发展，礼的宗法社会性一直得以保留，依赖于社会文化的根基，从而成为中国古代独具特色的规范性体系，成为介于“法”与“俗”之间的一种过渡性行为规范。如今，礼治作为重要的“本土资源”，可以纳为治理社会、规范人们行为的手段。现在的“乡规民约”，实际上是礼治的延续，是习惯化的、自动接受的、适应社会的自我控制，是一种乡村治理的内力。所以有学者说，没有民法典，但道德、风俗、习惯仍在，民间秩序就不会崩溃，但是没有道德、风俗、习惯，即使民法典仍在，民间秩序将不复存在。[75]

影响中国社会生活的另一类社会规范是民间法。所谓民间法，是指民众在生产、生活过程中自行创制和遵守的，在特定地域、社会关系网络内发挥作用的地方性规范。同时也是人们在长期共同的生活之中形成的、游离于国家制定法或者成文法以外的、存在于人们的观念之中、在一定地域内实际调整人与人之间权利和义务关系的非国家强制性行为规范。[76]民间法一般不见诸文字，而且是零散的。在一定意义上讲，民间法是一定地区道德的泛化、规范化，是一定的道德加强了其强制力并更经常地得到遵守的产物。民间法与道德传统、社区习俗有更强的依附力、亲合力，并往往交织在一起而难以区分。民间法发轫于人们长期的生活习惯、道德伦理传统，是一定地域范围内的人们的经验总结。有学者提出，中国的民间法有习惯法（特别是少数民族的）、家族法、行规、乡规民约、宗教法、社团纪律、官方非正式经验等。其中，中国的古代民间民事习惯极其复杂，仅在形式上就有着分散性、复杂性、演进性特色。所谓“五里不同风，三里不同俗”和“入乡随俗”等俗谚就表示了这种分散性。各地的“乡规俗例”在表现形式上也往往具有较大差异性，即使是同样的民事行为，各地的称呼也不尽相同。比如同样的质押行为，宋代时南方称之为“质”，而北方称之为“解”；清代士大夫称之为“质”，而民间或称“典”、或称“当”、或称“押”。不仅如此，“乡规俗例”还具有是动态性、是逐渐演化的，影响这种演化的因素也极为复杂，举凡政治的变革、经济的发展、人口的迁移、国法的修订、文化的普及等等都会影响民间习惯或惯例的演变。[77]

由于这种习惯法通常可以最大限度地反映民情，而“民情则是法律的保障和使自由持久的保证。”[78]因此在任何社会习惯法都具有恒久的生命力。人类的整部历史就是一部由习惯法上升为国家法的历程的历史，因而可以说，习惯法是国家正式制定法的重要渊源。正是基于民事习惯对民事立法所具有的重要作用，因此从清末开始的几次民事立法都非常重视对民事习惯的调查和采用。从现有史料分析，清末的民事习惯调查当始于光绪三十三年（1907年）。是年五月初一日，大理院正卿张仁黼就修订法律一事上书清廷，折中指出：“凡民法商法修订之始，皆当广为调查各省民情风俗所习为故常，而于法律不相违悖，且为法律所许者，即前条所谓不成文法，用为根据，加以制裁，而后能便民。此则编纂法典之要义也。”[79]这一奏折十分明确地将民间习惯视为不成文法，并将民事习惯调查视为编纂民法典之首要环节。此后的中华民国政府在制定民法典时，也非常关注对民间固有习俗的吸收，大量采取了中国固有的民间法规则，并编制了《民事习惯调查录》。正是基于这种对民事习惯的高度重视和充分吸收，从而使因此而制订的民法典具有高度民主的稳定性和极强的适应性。1929年由民国政府颁布实施的民法典虽历经国内战争、抗日战争、解放战争、国民党政府隅居台湾等不同历史时期和各种大相迥异的社会生活环境，而民法典一直没有中断实行，直到1982年该法典才得到第一次修订。虽然我们可以说由于战乱原因，该法典在大陆并没得到有效实行，但至少在上个世纪50年代后的台湾是得到了很好的实施的，该法典对稳定台湾的社会经济秩序、助推台湾经济的高速发展曾发挥了非常大的作用也是毋庸置疑的。过去我们过多的强调这部民法典的保守性，斥之为保留了许多封建残余。但实际上这恰恰证明了这部民法典对传统的充分尊重，而这些传统习俗和传统制度是整个民族传统文化的结晶，根本与封建制度无关。正是由于这种对传统的尊重，才构成这部民法典得以有效实施的观念支撑。尤其值得说明的一点是，这部民法典所依据的主要是流行于大陆特别是东部地区的习惯，对台湾地区的习惯则基本没有涉及。因此这种对习惯传承对大陆而言远较台湾更为明显，对大陆的借鉴意义也更为显著。目前我们所制度的民法典如果不注重对传统习惯和传统文化的吸收和继承，根本无视传统习惯对社会生活的巨大影响力，因此而制定出来的民法典只能是与社会公众的生活无涉因而不可能得到有效实施的民法典。

一个成功的现代化包括法制的现代化特别是民事立法的现代化都应当是有选择性的。这种选择性体现为一个双向的互动过程，即现代与传统的相互挑战和相互适应。任何社会中文明的进化包括法制文明的进化都不可能没有积累和继承。在对先进文化包括法制文化的吸收和引进过程中，我们不能一味地全盘否定传统法制的存在价值。一种法律传统特别是与公民基本生活攸关的民法文化传统和民事习惯之所以能够长期存在而经久不衰，必然有其历史合理性。至少，它为我们的，立法模式和制度设计提供了更多选择的可能性。梁治平先生曾讲：“习惯法所以保有如此顽强的生命力，部分源自其自身小传统的性质，部分则是因为赖以存在的社会生活尚未被在根本上改变”。[80]一个社会无论其发展变化是多么迅速，它总是无法摆脱与传统的纽带联系，不可能与过去完全割裂。这种纽带联系反映了社会对一定秩序状态下的基本要求。同样法律传统也有着其不可忽视的存在价值，对民事传统来说尤其如此。完全脱离一定的法律传统和社会习惯而试图建立一个所谓与国际接轨的现代民法制度，这样的制度和体系注定是不能是稳固和有效的。西方学者对中国的法律传统和传统习惯也是颇有赞美之辞的，早在孟德斯鸠的《论法的精神》中就对中国这种传统道德的积极作用做出很高的评价，他认为礼教作为中国国家的一般精神，并且在不违反政体的原则的限度内，遵从民族的精神是立法者的职责。因此我们的民事立法所需要做的应当是，在传统文化和传统习惯与现代法制精神之间建立其一个可以沟通的桥梁，在扬弃和继承的基础上构建出一套既适应现代市场经济体制的要求又可得到广泛社会接受的社会主义民法典体系和相应的民法文化。

参考文献：

[1] 礼记.乐记[M].
[2] 杨国荣.伦理与存在——道德哲学研究[M].上海:人民出版社,2002.4.
[3] [美]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,1999.373.
[4] 何怀宏.伦理学是什么[M]. 北京: 北京大学出版社,2002.12.
[5] [美]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,1999.371.
[6] 程雁雷.法的工具性价值与伦理性价值[N].光明日报网站. http://www.gmd.com.cn.
[7] 郭莲.国外学者关于文化的定义[J].大地, ２００２, (6).
[8] [法] 卢梭.社会契约论[M].何兆武译, 北京: 商务印书馆,1994.9.
[9] 郝铁川.民法理念：现代法治的基石[N].检察日报,1999-12-22.
[10] 马克思恩格斯选集(第4卷)[M].248.
[11] [美]艾伦.沃森.民法法系的演变及形成[M].李静冰, 姚新华译,北京:中国政法大学出版社,1992.172.
[12] 刘武俊.市民社会与中国法治之路[N].理论探讨,2002-11-13.
[13] 参见[法]孟德斯鸠.论法的精神[M]. 北京:商务印书馆,1963.190.
[14] 霍布斯.利维坦[M]. 北京:商务印书馆,1980.
[15] 王一多.道德建设的基本途径［J］.哲学研究，1997,（1）.
[16] 郝铁川.道德的法律化［N］.检察日报，1999-11-24（3）.
[17] [美]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,1999.465.
[18] [法] 勒內.達維德.當代主要法律体系[M].漆竹生译, 上海:上海译文出版社,1984.90.
[19] 沈宗靈.現代西方法律哲學[M]. 北京:法律出版社，1983.99.
[20] [美] 格倫頓,戈登,奧薩魁.比較法律傳統[M].米健等譯, 北京:中国政法大学出版社，1993.81.
[21] 转引自《法学词典》. 上海:上海辞书出版社,1988.652.
[22] [意] 彼德罗.彭梵得著.罗马法教科书[M].黄风译, 北京:中国政法大学出版社，1996.4-6.
[23] [英]梅因.古代法[M].沈景一译，北京:商务印书馆,1959.27.
[24] 江平,张楚.民法的本质特征是私法[J].中国法学,1998,(6).
[25] 梁慧星.民法总论[M]. 北京:法律出版社,1996.34.
[26] 冯亚东.平等、自由与中西文明[M]. 北京:法律出版社,2002.79.
[27] [德]黑格尔.历史哲学[M].王造时译，上海:上海书店出版社,1999.297-298.
[28] 郝铁川.良善优先于权利[N].检察日报,2002-11-1.
[29] 郝铁川.误尽法治的性善论[N].检察日报,1999-6-2.
[30] 张云平, 刘凯湘.所有权的人性根据[J].中外法学,1999,(2).
[31] 张云平, 刘凯湘.所有权的人性根据[J].中外法学,1999,(2)
[32] 张文显,信春鹰.民主＋宪政=理想的政制[J].比较法研究,1990,（1）.
[33] 刘军宁.保守主义[M]. 北京：中国社会科学出版社，1998.106.
[34] [美]斯蒂芬.埃尔金等. 新宪政论——为美好的社会设计政治制度[M]. 周叶谦译,北京：三联书店，1997.27-28.
[35] 郝铁川.片面而深刻的性恶论[N].检察日报,1999-5-19.
[36] 范进学.论道德法律化与法律道德化［J］.法学评论，1998,（2）.
[37] 林诚二.情事变更原则之理论与实际——债法之比较研究[J].中国民商法律网—港澳台民商法,2002-12-11.
[38] [德]尤尔根.哈贝马斯. 合法化危机[M]. 刘北成,曹卫东译,上海：上海人民出版社，2000，128.
[39] [美]周天玮. 法治理想国——苏格拉底与孟子的虚拟对话[M]. 北京：商务印书馆，1999，119.
[40] [美]伯尔曼.法律和宗教[M]. 北京：三联书店,1991.8.
[41] [美]伯尔曼.法律和宗教[M]. 北京：三联书店,1991.42.
[42] [美]伯尔曼.法律和宗教[M]. 北京：三联书店,1991.43.
[43] 郑云波.世俗法律与上帝律法之局部比较---法律被信仰的理论与实践分析[J].中国政法大学研究生院研究生法学,2002,(1).
[44] [美]约翰.罗尔斯.正义论[M].何怀宏, 何包钢, 廖申白译，北京：中国社会科学出版社,1988.235.
[45] 张旭科.论法律信仰的培养[A].法律论文资料库. http://www.law-lib.com/lw/ ;.
[46] 胡旭晟.２０世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义[J].湘潭大学学报(哲社版),1999,(2).
[47] 马克思恩格斯选集第2卷[M]. 北京：人民出版社,1974.538.
[48] [英]梅因.古代法[M].沈景一译，北京：商务印书馆,1959.29.
[49] [法]孟德斯鸠.论法的精神（上册）[M].张雁深译，北京：商务印书馆,1963.310.
[50] 参见张宇燕.经济发展与制度选择---对制度的经济分析[M]. 北京：中国人民大学出版社,1992.123-127.
[51] 郑远民.现代商人法研究[M]. 北京:法律出版社,2001.126.
[52] 梁慧星.民法解释学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1995.193.
[53] [德]马克思.韦伯.论经济与社会中的法律[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1998.27.
[54] [德]K. 茨威格特,H. 克茨.比较法总论[M]. 贵州:贵州人民出版社,1992.165.
[55] 埃尔曼.比较法律文化[M].贺卫方等译，北京:三联书店,1990.130.

[56] 参见何增科.市民社会概念的历史演变[J]. 中国社会科学,1994,(5).
[57] 见布莱克维尔政治学百科全书. 北京:中国政法大学出版社,1992.125-126.
[58] 刘武俊.市民社会与中国法治之路[J].世界与中国研究所《理论探讨》网，2002-11-13.
[59] 张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京:法律出版社，1996.507.
[60] [英]休谟.人性论[M]. 北京:商务印书馆,1980.559.
[61] [英]休谟.人性论[M]. 北京:商务印书馆,1980.566.
[62] 亚当.斯密.国民财富的性质和原因的研究(下卷)[M]. 北京:商务印书馆,1972.252-253.
[63] 参见邓正来,[英]J•C•亚历山大编.国家与市民社会---一种社会理论的演讲会研究路径[M]. 北京:中央编译出版社,1999.79-87.
[64] 何增科.市民社会概念的历史演变[J].中国社会科学,1994,(5):70.
[65] 参见邓正来,[英]J•C•亚历山大编.国家与市民社会---一种社会理论的演讲会研究路径[M]. 北京:中央编译出版社,1999.35.
[66] 参见邓正来,[英]J•C•亚历山大编.国家与市民社会---一种社会理论的演讲会研究路径[M]. 北京:中央编译出版社,1999.36.
[67] 马克思恩格斯选集(第2卷)[M]. 北京:人民出版社,1995.32.
[68] 马克斯.韦伯.新教伦理与资本主义精神[M].彭强,黄晓京译，陕西:陕西师范大学出版社,2002 .11.
[69] 胡旭晟.中国传统“ 伦理法 ”之检讨[J].百年,1999,(5).
[70] 柴玉丽, 夏 青.民间法与法制现代化[N].人民法院报,2002-11-5.
[71] [法]勒内•達維德.當代主要法律体系[M].漆竹生译，上海:上海译文出版社,1984.2.
[72] 马慧勇.道德与法律的嬗变——法治与德治之历史与现实反思[A]. 法律论文资料库. http://www.law-lib.com/lw/。
[73] 梁治平.寻求自然秩序的和谐[M]. 北京:中国政法大学出版社，1997.21.
[74] 霍存福.中国传统法文化的文化性状与文化追寻[A]. http://www.white-collar.net.
[75] 刘武俊.市民社会与中国法治之路[A].世界与中国研究所理论探讨网，2002-11-13.
[76] 柴玉丽, 夏青.民间法与法制现代化[N].人民法院报,2002-11-5.
[77] 郭建, 邱立波 ,赵斌.中国民事传统观念略论[J].华东政法学院学报,1999,(2).
[78] [法]托克维尔.论美国的民主（上卷）[M].董果良译，北京:商务印书馆,1991.49.
[79] 故宫博物院明清档案部编.清末筹备立宪档案史料(下册)[M]. 北京:中华书局册,1979.836.
[80] 梁治平.清代习惯法：社会与国家[M]. 北京:中国政法大学出版社,1996.182.

On the Ethical Nature of Civil Law

ZHAO Wan-yi
(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031)

Abstract: The author holds that specific social ethical concepts and rules are the basis for each country to build its civil law institutions and the main standard to judge them. Civil law in each country, without exception is the result of raising ethical systems to the level of legal stipulation. At the present, the major problem China ' s civil legislation focus is not an insufficient transplant of foreign modern legal systems but the less-than-enough lessons drawn from traditional culture. Therefore, the future civil code in China should take into consideration both advancement and rationality. It should, on the basis of sublate and inherit traditions, be a new kind of civil code system which not only adapts to modern market economy but also is widely accepted by the society.

Key words: ethics and morality; civil codes; civil law culture; traditions and customs; transplant and inherit

来源：http://www.fayuan.net/showarticle.asp?id=99&sort=%C3%F1%B7%A8%D1%D0%BE%BF

/