

# 论现代民商法文化的先进性与局限性

黄清华

(英国谢菲尔德大学 法学院, Sheffield S10 2TN UK)

**摘要:**现代民商法文化具有先进性与局限性。先进性是指现代民商法文化的社会进步性和适用技术性。现代民商法文化所蕴含的主体意识、平等意识、权利意识、诚信意识、合作意识和责任意识是其社会进步性的表现;适用技术性,是指现代民商法文化同时又是一种技术文化。局限性集中表现为私法秩序不利于弱势群体,难以有效控制市场经济活动方式的逐利取向带来的社会风险。晚近以来,发达国家出现的民商事立法与社会立法融合的法律现象,恰恰是这种局限性的深刻反映。对现代民商法文化局限性的讨论,决不意味着否认现代民商法对经济和社会生活的基础调节作用。当前,中国法制建设的一项要务就是,加快发展社会立法的同时,继续不遗余力地弘扬现代民商法文化,并以私法社会化的原理完善民商事法律制度。

**关键词:**现代民商法文化;先进性;局限性;社会进步性;适用技术性

中图分类号:D90

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2014)04-0045-10

近年来,中国大陆私法学者对现代民商法文化的讨论存在两种倾向:一讲建立市场经济体制,现代民商法及其文化似乎无所不能,通篇誉美之词;<sup>[1]</sup>一讲建设和谐社会,现代民商法及其文化又似乎尽是缺陷,一无是处。<sup>[2]</sup>针对这两种偏颇的观点,本文认为,现代民商法文化同时具有先进性和局限性。此所谓现代民商法,是指 20 世纪初以后,特别是二战以来,以财产法(物权法)、合同法和侵权法为核心,以其他民事、商事法律为主干,调整直接涉及“私益”的财产关系、人身关系和经营关系的法律,既包括大陆法系现代民商法,也包括普通法系框架下的现代民商法。<sup>①</sup>深刻认识现代民商法文化的品质,对于我国建设社会主义市场经济体制与和谐社会,对于我国民主政治和文化建设,对于我国社会主义现代化建设,都至关重要。

## 一、现代民商法文化的先进性及其弘扬

现代民商法文化首先是一种先进文化。这种先进性表现为:现代民商法反映市场经济渴望自由、平等、竞争、合作的一般规律,表达文明和创新型社会对人权、公平、守信、自治的内在要求,对经济活动、科技创新和社会生活起着最基础的调节、规范和指引作用,并以其固有的逻辑力量推动着社会发展进步。具体而言,现代民商法文化具有社会进步性和适用技术性的双重品格。

### (一)现代民商法文化的社会进步性

现代民商法是关于市场经济的法和公平而自由竞争的法,以保护民事权利、人格尊严和个人自由,促

收稿日期:2014-01-11

作者简介:黄清华(1965-),男,湖南湘潭人,英国谢菲尔德大学法学院博士研究生,中国综合开发研究院(中国脑库)特聘研究员。

① 英美法系框架下的现代民商法,其法律基础是近代以降逐渐形成的调整个人之间、个人与组织之间(包括政府机关)人身关系、财产关系和经营关系的案例法(Case law)、制定法(Statute)和衡平法(Equity)。英美民商法不同于大陆法系民商法的一个重要特点,在于前者并不强调法律关系主体地位的平等性。这一点特别反映在其侵权法上。参见 *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] UKHL 29, [2001] 3 All ER 193。

进市场主体的自我实现为已任。因此,现代民商法文化内在地具有权利、自由、平等、公平、守信、合作和责任等现代法治文化的品质。在这样一种法律文化环境中,民商事法律关系的主体基于生活经验和感受,在潜移默化中,就会养成主体意识、平等意识、权利意识、诚信意识、合作意识和责任意识。反过来,也可以说,不具有上述意识的经济,算不上市场经济和公平而自由竞争的经济。这正是现代民商法文化社会进步性的集中体现。

现代民商法文化的社会进步性有其深刻的社会历史根源。根据英国历史学家汤因比关于文明类型演变——“挑战与反应”学说的挖掘<sup>[3]</sup>,19世纪末20世纪初以来,随着科技快速发展和新经济形式的大量出现,社会分工与专业化越来越细致,政府、企事业等各类社会组织都成为社会网络的组成部分。这就要求人与人之间、组织与组织之间广泛的合作与联合,从而促进交易的发展和社会关系的契约化以及合作的个人主义(cooperative individualism)<sup>[3]</sup>同时,随着工业化、商业化进程加快,资本不断集中,卡特尔、辛迪加等垄断形式的建立,经济活动中出现大企业对小企业、生产者对消费者、企业主对劳动者的恃强凌弱;人与自然环境的和谐关系遭到破坏,对资源的掠夺与对环境的污染并存,产品事故、安全生产事故和环境损害事故不断出现……,人类正面对着“现代性后果”的空前挑战。<sup>[4]</sup>

面对上述经济和社会生活(条件)的深刻变化,近代民商法在向现代民商法演进的过程中,法学文化思潮继承了“民商法系人法和权利法”这样的观念,特别强调法律关系主体的权利,这样一种建立在传统私法文化的基础上,冲破近代民商法所有权绝对、契约自由、过失责任和形式上自由平等理念的束缚,旗帜鲜明地反对重物轻人,既高度重视人的财产权利,又(在民商法典制建设中)把人格权保护置于重要位置;<sup>[5]</sup>既注重形式正义,宣布所有人法律面前一律平等,又关注实质正义,对经济和社会生活中弱者的呼号和疾苦予以深切的同情和现实的保护;<sup>[6]</sup>既促进、弘扬人的自由和首创精神,又以诚实信用、禁止权利滥用等法律原则昭示一种对绝对“自由”的约束与节制<sup>[7]23</sup>;既主张过失责任,又主张对无过失责任和公平责任进行补正,弥补一味强调过失责任在社会某些领域造成的利益失衡状态;<sup>[8]</sup>既注重维护个人自由自主,倡导个体的能动性,又强调社会成员之间的合作共赢;既注重保护民事权利,也不忽视行使权利的社会责任。由此形成了现代民商法的主体意识、平等意识、权利意识、诚信意识、合作意识和责任意识等法律文化品格。

现代民商法产生伊始,便面临着垄断资本主义的社会条件。与此情形,如何实现私法关系中的利益均衡,逐渐成为现代民商法文化和制度建设追求的目标。利益均衡的达成,必然要求实现实质正义、个别正义。因此,现代民商法文化的精髓,集中表现为对实质正义、个别正义的追求。

例如,在交易关系中,现代民商法文化主张对交易双方的交易能力、获益状况、社会地位、资源控制和信息占有等进行比较衡量<sup>[9]</sup>,以利扬弃形式正义追求实质正义,并从一般正义入手实现个别正义。为了实现实质正义、个别正义,现代契约文化对近代契约文化的理性主义、自由至上等理念,进行了反映时代发展要求的改造。基于理性主义、自由至上的绝对的契约自由与当事人意思自治,作为近代合同法的根本原则,使契约关系中强势的一方当事人的法律责任,一度减轻到了最低限度。<sup>[7]34</sup>为了纠正合同签订中恃强凌弱带来的非自由、非正义、非平等,现代契约文化从具体的正义出发,为实现当事人公平参与交易对实质正义、实质自由和实质平等的客观要求,不仅以“诚实信用”“权利滥用”“情事变更”和“交易基础消灭”等一般条款,把人的因素、利益衡量原则和相对性引入到信奉绝对性、形式正义的传统私法文化之中<sup>[10]</sup>,而且对格式合同予以种种限制,<sup>①</sup>不断修正近代契约文化中曾经盛行一时的形式上的自由、平等原

① 这些限制包括:(1)规定当事人不得排除的强制条款,如格式条款不得违背国家法律,不得与合同提供方的主要义务相冲突;(2)在法律上制定许多弹性条款,如诚实信用、权利不得滥用,授予法官自由裁量权;(3)对于格式合同条款使用上的限制,如规定合同提供方未能提醒相对人注意的条款不得生效,格式条款与约定的条款不一致时,适用约定条款;(4)强制缔约,对供水、供电、公共交通等垄断领域规定提供方不得拒绝客户的缔约要求。

则和绝对自由主义<sup>[11]</sup>,以合同自由应当是缔约各方的自由为念,对格式合同提供方滥用自由限制他方合同自由的行为实行反限制,从而维护合同自由。

这种修正,反映了契约自由之合理限制的文化嬗变。因此,现代民商法文化主张契约自由之限制,并非是要抛弃契约自由,而是为了更好地维护契约当事人的自由。在这一过程中,不仅现代民商法文化的诚信观、自由观获得了质的提升,而且合作主义的契约观也进一步强化了人们的主体意识和合作意识。因此,我们说现代契约文化培养了人们的主体意识、平等意识、权利意识、诚信意识、合作意识。更重要的是,合作意识的强化,同时也就意味着(社会)责任意识的强化。

另一方面,在垄断不断加深的社会条件下,为了打破垄断,实现自由而公平的竞争,法律文化上转而强调实质意义上的平等和自由。这不仅反映在现代财产法和合同法上,更突出地反映在现代侵权法上:垄断被视为一种经济侵权,而反垄断法则成为英美现代侵权法法定侵权行为的一个主要部分、一个主要子集。<sup>[12]</sup>公用事业、大公司和企业负有不得扭曲市场竞争的义务,垄断(市场的唯一生产商)或通过企业兼并、收购或接管大幅减少竞争的做法被视为滥用市场力量。对此,利益相关人甚至可以主张损害赔偿。<sup>①</sup>这种经济领域的侵权法实践,反映在法律文化上,体现为现代民商法文化较之过去更强调公平,其目的乃是为了更好地维护每个人的自由。

在此基础上,二战以后,基于对人权问题的国际共识,为实现《国际人权宣言》的目标,根据《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》等国际人权公约,现代民商法文化越来越多地注入了人权的要素,人格及人的尊严、自由和发展,成了现代民商法的终极关怀。根据这些人权要素的要求,现代民商法文化具有实现个人自由和实现社会正义的双重价值。这两种价值的变迁和实现,都在人格权法、财产法(又称“物权法”)、知识产权法(又称“智力财产法”)、契约法和侵权法的演变中得以体现。<sup>[12]</sup>正是在这样的法律文化嬗变中,现代民商法文化逐渐形成了现代法治文化的另一个基本品质——除了传统私法的民事责任意识外,它还包含了社会责任意识,尤其是企业社会责任意识。

近40年来,随着环境保护意识增强、消费者权益运动高涨,强调企业社会责任的法律文化不断融入、渗透到现代民商法文化之中,形成了法人社会责任观念,<sup>②[13]</sup>尤其是进入21世纪以来,这种法人社会责任观更以“企业公民”(Corporate citizenship)<sup>③[13]</sup>的形象呈现于文明社会。这种权利与责任较之以往更紧密结合的法律观,也是现代民商法文化的基本品质。对此,英国首相卡梅伦作了很好的解释:不列颠正在建设“一个更加有责任感的社会。在这样一个社会,我们不会只问‘我们的权利是什么’,而是要问‘我们的责任是什么’;在这样一个社会,我们不会只问‘我应该感激谁’,而是问‘我能够给予什么’。”<sup>[13]</sup>

凡此种种,都是现代民商法文化先进性的表现。这种先进性意味着:由现代各项民商事法律原则和制度共同塑造的现代民商法文化,构成公民社会的基础文化,它所蕴含的主体意识、平等意识、权利意识、诚信意识、合作意识和责任意识已成为现代市场经济国家和文明进步社会的文化标志。

## (二)现代民商法文化的适用技术性

现代民商法文化先进性的另一个方面是其适用技术性,即现代民商法文化是一种技术文化。这种技术文化不仅表现为准确的定义、严密的逻辑、严格的标准、精确的测试方法,这些操作性的技术手段对于现代民商法运作与准确适用的不可或缺还表现为现代民商法文化建设上对这些技术手段的依赖、推崇和创新。没有这种适用技术性,现代民商法文化的社会进步性就难以有效发挥社会调节、指引和规范作用。现代民商法文化的这种技术性特质,使民商事法律制度的操作与适用相对于其他部门法,更多地从应时

① For details, see Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, as well as the Clayton and Sherman Acts in the U. S.

② 参见 the free encyclopedia, [http://en.wikipedia.org/wiki/Corporate\\_social\\_responsibility](http://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_social_responsibility), 2014年2月24日浏览。

③ 同②

应变之需上升为规律性认识,因而更多地从经验上升为科学。

民商法关于“一般理性之人”的判断标准,<sup>[14]</sup>是民商法关于“人”的建设的基础。现代民商法要求法律关系的主体在民商事活动中达到一般理性之人的注意,并保护一般理性之人在具体的民商事活动中的合理期待。这就为体现社会进步性的现代民商法文化建设,提供了技术支持。

合同法关于合同免责条款效力的合理性测试标准<sup>①</sup>以及关于合同条款中基于事实的默示条款判断的“商务效力”准则<sup>②</sup>,从技术手段的角度分别解决了现代合同法实践中免责条款和默示条款效力的判断标准问题;相应地,为公平分配法律责任和提高交易效率提供了技术支持。

侵权法上,过失责任法确立注意义务是否存在的邻人标准<sup>③</sup>、关于因果关系的“要是没有”标准<sup>④</sup>或常识标准测试方法、<sup>⑤</sup>产品责任关于产品缺陷的认定标准<sup>[15]</sup>、消费者权益保护关于保护消费者对购买的商品或服务的合理期待的标准<sup>[16]314</sup>、道路交通事故关于车辆的适路性标准、医疗过错责任法关于合格与合理谨慎的专业人员的测试标准,<sup>⑥</sup>医疗风险披露责任法关于病人最佳利益的测试标准<sup>[17]</sup>等,为相关法律的适用提供了准确的测试标准或者方法,是实现现代侵权法推动社会进步功能不可或缺的技术手段。

公司法上,董事严格责任确立了董事行为不得与公司利益或与其职责相冲突的公司最佳利益准则。<sup>⑦</sup>这一准则是如此严格,以致于利益冲突或职责冲突还有待证实,涉事的董事就可能被要求“吐出”中获得的所有收益。这类技术手段对于实现公司法的社会目标十分重要。商法上,货物销售合同法关于货物的适销性标准<sup>[16]328</sup>、海商法关于船舶的适航性标准等<sup>[16]514</sup>,为解决相关争议提供了适用的技术方法,是实现商法保护交易的安定性和快捷性的必要技术措施……凡此种种,都反映出现代民商法文化的适用技术性特质。

现代民商法文化这种普遍的技术性特质,源于现代民商法对经济和社会生活最广泛的基础调节作用。现代民商法必须对经济和社会生活的各个领域,按照私法确权(确认权利归属)、估权(评估权利价值)、规权(规范权利行使)和维权(救济受损权利)这种特有的思维与逻辑,以具体的制度安排作出自己的回应。由于这些回应和具体的制度安排直接涉及个人的重大权利和利益,这就在客观上产生了建立各种普遍认可的法律上的技术标准的需要。为了保障正确确权、准确估权、理性规权和合理救济受损权利,实现民商法运作的法律技术化必然成为现代民商法文化建设的应有之意。

作为一种技术文化,现代民商法文化在生产经营和社会生活中发挥着作用,最直接的方式就是把这些具有普遍性的技术文化的理念与符号,如商品的适销性标准、病人最佳利益的测试标准,转化为相关领域生产、经营和管理的技术标准和方法,例如,内科、外科和妇产科病人最佳利益的测试标准,进一步转化为如泌尿外科、消化内科病人最佳利益的测试标准,更进一步转化为某个病种的病人最佳利益的测试标准……而最有力的方式,就是司法裁判能将这种技术文化准确地适用于争议案件之中,为生产经营和社会生活秩序的形成,提供以国家强制力作后盾的行为指引和规则。

### (三)现代民商法文化先进性的弘扬

现代民商法文化的社会进步性和适用技术性之间是高度统一的。没有社会进步性,现代民商法文化的适用技术性就会失去方向和意义;没有适用技术性,现代民商法文化的社会进步性就难以体现和保障。所以,本文将这种社会进步性和适用技术性统称为现代民商法文化的先进性。这种先进性使现代民商法

① For details, see s 3. Misrepresentation Act 1967.

② Ashmore and Others v Corporation of Lloyd's (No 2) [1992] 2 Lloyd's Rep 620.

③ Donoghue v Stevenson [1932] UKHL 100, [1932]AC 562.

④ Chappel v Hart (1998) 156 ALR 622.

⑤ March v Stramare (E & MH) Pty Ltd (1991) 171 CLR 506.

⑥ Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582.

⑦ Aberdeen Railway Co v Blaikie Brothers (1854) 1 Macq 461.

形而上思维与形而下操作融为一体,确保现代民商法对经济和社会生活最基础的调节作用。可以说,不弘扬现代民商法文化、不发挥现代民商法的基础调节作用,经济和社会就难以进步,绝大多数人就不可能自由而全面地发展。

正因为如此,英国法学院本科教育的15门核心课程中,私法就占了9门:财产法(即我们的物权法)、合同法、侵权法、知识产权法、赔偿法、公司法、商法、劳动法和婚姻家庭法。其他6门分别是英国法律体系、公法(含宪法和行政法)、刑法、证据法、两门程序法和国际法。

英国法学院本科教育核心课程的设置提示我们,弘扬现代民商法文化最关键的措施就是高度重视并且细分民商法的教学,通过民商法的教学和实践,将现代民商法文化作为社会的基础法律文化,以此培养人们的主体意识、平等意识、权利意识、诚信意识、合作意识和责任意识。

## 二、现代民商法文化的局限性及其克服

我们在肯定现代民商法文化先进性的同时,也应当承认它的局限性。这种局限性突出表现在私法秩序不利于弱势群体,不能有效应对市场失灵、信息不对称和贫富不均等社会不稳定因素可能带来的问题,难以有效控制市场经济活动方式的逐利取向带来的社会风险。

### (一)现代民商法文化局限性的成因

从法律文化上分析,现代民商法作为实现和保护私权的基本法律,其要旨是通过保护法律上自由、平等的个人自决的权利来实现和保护他们的人身权利、财产权利和经营权利,以私法自治为原则,以有限的国家干预为例外。现代民商法脱胎于近代民商法,后者基于私人所有、契约自由和自己责任三大原则的一整套民商事法律制度安排,在给社会成员带来自由竞争和法律形式上平等的同时,也使置身其中的弱势群体在事实上变得不自由和不平等,从而成为被市场经济和自由竞争环境无情抛弃的人群。<sup>[18]</sup>

现代民商法为了实现公平而自由竞争的经济和社会秩序,不得不承继近代民商法的基本原理,把所有的人——不论其先天差异和后天差别,也不论其智力、体力、精力、经济实力和社会地位的区别,均假定为拥有财产(权)、可自由签订合同、能参与竞争、能自我实现、懂得保护其权利、捍卫其自由、谋求自身利益最大化的理性人。

然而,现实生活中,现代民商法实现和保护私权的实际程度,主要取决于个人先天和后天形成的诉求能力,包括个人的生理条件、教育背景、判断能力、经济实力、社会地位、谈判和缔约能力等。尽管民商事代理制度一定程度上能满足诉求能力低者自我实现、自我保护的需求,但是,代理制度一方面受制于代理人与被代理人可能的利益冲突,另一方面,同样受制于被代理人的经济实力和其他实力。因此,代理制度的存在也不能根本改变这种状况。

以契约自由为例,契约自由的贯彻,“因当事人实力、地位和能力的差异而走向契约的不自由;社会中具体的人先天的差异和后天差别,将使一部分弱势群体在自由竞争中面临生存危机”<sup>[18]</sup>。是故,现代民商法原理的运用,必然导致弱肉强食、优胜劣汰、两极分化:一部分人实现“自由”的同时,另一部分人却陷入生存困境,社会共同体由此产生结构性矛盾。这种结构性矛盾,本质上是自由与社会保障之间的矛盾。正如德国联邦劳动和社会部长罗伯特·布鲁姆所言:“自由和社会保障是同胞姊妹,没有社会保障,个人就没有安全感,谈何自由。”<sup>①</sup>

以上说明,私法自治所追求的自由、平等,对于无自治能力和条件者是一种极度的奢谈;对于自治能力弱者也无多大实际意义。于此情形,患病者、残障者、年老者、年幼者和失业者等社会弱势群体,在私法

① 伍尔芬:《德国社会法概况》,转引自杨燕绥等编著:《劳动法新论》,中国劳动社会保障出版社,2004年版第281页。

的秩序下,事实上处于极为不利的地位,他们的人身权利、财产权利和劳动权利,他们的生命权、生存权和发展权,都需要国家通过社会立法组织社会力量予以保障。

在现代社会,弱势人群的另一种表现形式,就是专业知识的弱势。现代市场经济高度专业化,如干细胞移植治疗、高分子材料隆胸、金融衍生品交易……。在高度的专业知识面前,现代民商法文化对市场经济逐利取向导致的风险社会,几乎束手无策。滥用高分子材料隆胸致使大约 30 万妇女受到各种损害,<sup>①</sup>金融衍生品交易泛滥则导致了世界金融危机。这两种危机的社会危害至今难以消除,若干年后,我国滥用干细胞移植治疗带来的致癌致畸风险将会显现。<sup>②</sup>风险社会对规避社会风险与合理分配风险责任的要求,正在成为法学和其他社会科学的重要议题。

由此可知,现代民商法文化这种不利于弱势人群的局限性,源于私法原理关于“人”的假设与现实生活的脱节,源于私法的本质是关于市场经济和自由竞争的法,而非社会安定的法。

## (二)现代民商法文化局限性的克服

20 世纪初以来,随着垄断资本主义面临的社会矛盾和对抗不断加深,以注重社会一般安全利益、一般道德、社会资源、社会制度和社会进步的社会法学思潮在西方发达国家逐步兴起<sup>[19]355</sup>,立法上强调社会本位的现代民商法更关注实质正义,主张私人权利必须服务于社会目的。例如,耶林曾就私权与社会的关系总结道:“一切私法上的权利,即使是最具个人目的的权利,都要受到社会的影响和制约。没有任何一种权利可以让其主体说:‘这是我绝对独自享有的权利,我是它的主人和掌控者。权利概念的效果就是要求社会不要限制我。’……在任何社会或(作为社会利益代表的)法律中,你根本没有完全属于你自己的东西,社会始终都陪伴着你,并要求从你所有的东西中分享一部分,包括你自己本身、你的劳动能力、你的身体、你的孩子、你的财富。”<sup>[20]</sup>

对于这种民商法的社会化现象,社会法学集大成者庞德从法理学上重新界定权利与利益的关系,认为权利是法律所保护的利益,但个人利益不应高于社会利益;相反,个人利益一般是借助赋予其效力的社会的力量才具有重要的价值,因而法律对个人利益的强调逐渐过渡到对社会(公共)利益的关注。<sup>[19]355</sup>更重要的是,庞德认为,社会法学派与分析法学派和自然法学派等其他法学派的主要区别之一,在于它强调法所要达到的社会目的,而不是法的制裁;它认为法律规则是实现社会公正的指针,而不是永恒不变的模型。<sup>[20]</sup>

第二次世界大战后,“社会法学在理论上并无显著改变,但在方法论上突破了以往单纯运用社会学方法认识和研究法律问题的局限,日益与自然科学或综合学科结合而成为一种应用法学。”<sup>[21]</sup>这样的法律文化反映在现代民商事立法和司法中表现为对于消费者、妇女、儿童、雇员和患者等社会弱势群体的权利和利益,比之以往倾注了更多的关注,一些新的现代民商事法律制度也应运而生。

在商法领域,最能反映这种“法的社会化”趋势的可能是破产重整制度。当企业无法清偿到期债务,传统破产法是以清算方式了结债权债务的。但这种方式通常会使一个“活的”有生产能力的财产组合体,被债权人分解为一堆“死的”无生命的物,减少了社会财富的生产源,也会使破产企业的员工失去生活的来源,可能引起社会震荡。<sup>[22]</sup>鉴于此,现代破产法积极寻求替代方法,体现社会法学思潮的重整制度由此诞生。

在民法领域,对患者健康权的实现和保护,经历了一个从传统过错侵权责任法到现代无过错赔偿的过程,然后再向一种组合的侵权法社会化方向发展的转变。例如,近 40 年来,发达国家悄然兴起了一场

① 新闻报道《“奥美定”受害者索赔千万》,《南京晨报》,2008 年 1 月 15 日 A12 版。

② 近几年关于干细胞治疗的安全性研究显示,干细胞治疗存在致癌性和致畸性,这是因为全身应用的细胞有可能在体内持续存在或扩增,从而带来额外的毒性问题。

有关医疗过失责任法的社会化改革。这场改革已经历了以下两个发展阶段：第一阶段（1970-2004年），从过失赔偿过渡到无过失补偿，其标志性事件是新西兰无过失医疗伤害补偿计划的颁布实施；第二阶段（2005至今），从无过失补偿发展为一种深刻社会化的“组合方案”，其标志性事件是美国2005年《病人安全法》的颁布和次年英国《国民保健服务申诉法》的出台。<sup>[23]</sup>这些立法有两个共同点：在价值导向上，注重社会安定利益，因而关注社会弱者的命运；在方法论上，注重与综合学科结合以解决社会问题。然而，究其目的，并非要彻底否定医疗过失责任法的功能和价值，而是要对在实践中发现的局限性予以纠正和克服。

从对现代民商法文化的思考、批判、继承和重建的角度来看，这种融合本身，恰恰说明了对现代民商法文化局限性的承认、克服与超越。尤其是侵权法与合同法的社会化——后者见于英国《国家卫生服务法》，<sup>①</sup>则说明在私法的框架内已经无法完全克服现代民商法文化的局限性。因此，要克服现代民商法文化的局限性，除民事立法的社会化外，就是全面加强社会立法，创新社会建设和社会管理，兼顾各种人群的基本利益和诉求。

### 三、现代民商法文化对于我国经济社会发展的意义

当前，我国正处在社会主义现代化建设的征程中。一方面，发展市场经济、建立现代市场经济秩序，是我国经济现代化建设的基本任务；另一方面，在我国这样一个人口众多的多民族国家，建设和谐社会，解决市场失灵和分配不公，消除贫富两极分化、保护各种弱势群体的正当利益，维护社会稳定，又尤为重要。一方面，工业化仍然是中华大地的发展主题，伴随而来的是劳动侵权、企业事故、医疗事故、环境污染和缺陷产品等社会问题；另一方面，以信息科学和生命科学为主要特征的后工业化时代正在蓬勃发展，金融技术、生殖技术、克隆技术、干细胞技术等新技术不断用于经营实践和社会生活，电子商务、精子银行、代孕、细胞移植等新的交易形式不断涌现，新类型产权、合同和侵权等案件频频发生。凡此种种，既为我国民商法的实践提供了广阔的舞台，为丰富现代民商法的内涵提供了现实条件，又使我国民商法文化建设同时面临发展市场经济与维护社会稳定、解决工业化和后工业化时代社会问题的双重任务。这就要求我们要深刻理解现代民商法的文化品质，注意到它同时具有先进性和局限性的双重品格。

#### （一）现代民商法文化先进性的中国含义

现代化具有器物现代化和思想观念现代化两层含义。从这个角度来说，现代民商法文化的社会进步性，对于实现我国的现代化目标具有特殊的重要意义，是我们改造和抵制产生于传统农业社会和专制体制的封建文化、官僚文化、等级文化、特权文化和小农文化的强大文化力量，为我国的民商法文化和制度建设指明了发展方向。这主要体现在以下五个方面：

第一，应当有利于合理地确认，平等地尊重，充分地实现和保护公民、法人和其他民事主体的人身权利、财产权利和经营权利。

第二，应当有利于促进以公平竞争和诚信经营为核心价值的市场经济秩序的形成、巩固和发展。

第三，应当有利于合理地调节及处理国家利益、社会公共利益与民事主体私益之间的关系，引导各类民事主体在经济和社会生活中，正确对待其民事权利，促进经济、社会生活中善良风俗和公平正义的形成。

第四，应当有利于解决高新科学技术研究及广泛应用于经济和社会生活各领域所面临的复杂的法律问题。例如，人体干细胞移植技术临床应用的私法问题。

① for details, see 2006c. 41, part 1, NHS contract, National Health Service Act.

第五,应当有利于促进和保障平权社会的形成和发展,广泛培育和深度发展公民社会,使公民社会的权利可以制约政治国家的权力,从而实现以权利制约权力,为实现“大社会、小政府”的政治改革愿景奠定基础性的法律框架打下深厚的法律文化基础。

为此,应当明确,任何与以上五个“有利于”不符的我国民商事法律制度,都有悖于现代民商法文化的社会进步性,都需要加以修正。这就要求在合同法、证券法和保险法等民商事立法中,正确处理私法自治与国家干预的关系,避免出现不适当的、过多的私法公法化条文为不科学、不合理的干预提供“合法”依据的现象;同时也要求完善债法、损害赔偿法和恢复原状法,解决风险社会中风险和风险责任的公平分配问题。

现代民商法文化适用的技术性提示我们:第一,我国的民商事立法和司法应当反映技术化的现代民商法文化的要求,遵循、适用与准确表述现代民商法所固有的技术规则;第二,作为法律工作者,尤其是法官和仲裁员,应深刻理解并掌握民商法的技术特质,将其准确、适当地适用于承办的案件之中,深刻认识民商法相关的定义、逻辑、标准和测试方法等操作性的技术手段,对于准确地判断案件事实、敏锐地把握争议的焦点、正确地适用法律,尤其对于处理复杂、疑难案件和我国法律无明文规定的案件,具有不可替代的价值;第三,在现代民商法文化建设上,我们应当对人类文明有所贡献,而不应满足于当“二传手”演绎经典。

## (二)现代民商法文化局限性的中国含义

现代民商法文化的局限性提示我们,民商法文化传统上认为属于民事权利的许多权利,如健康权、劳动权和环境权,同时也是人之作为人所固有的基本人权,中国民商法的立法和司法应当致力于平等地尊重、实现和保护这些具有社会权利属性的民事权利;同时,在法律责任方面致力于降低公平分配市场经济活动逐利取向导致的社会风险。这就要求通过对中国民商事法律制度进行一定程度的社会化改革,在保障个人权利和自由的同时,关注各种弱势人群的权利和自由,平衡个人利益与社会公共利益的关系。为此,中国民商法文化建设应当顾及到许多民事权利同时具有的社会权利属性,意识到“社会群体的阶层结构越分化,就越需要平等地实现和保护这些基本的共同权利。”<sup>[24]</sup>这样才能缓和已出现和可能出现的社会群体之间的冲突与矛盾。这是我国实现社会主义现代化建设的题中应有之意。

具体而言,理论上,尽管弱肉强食、优胜劣汰和两极分化是私法秩序的逻辑结果,但是,我国当前出现的分配不公、贫富两极分化问题,主要不是私法秩序带来的后果。因为,私法秩序在我国还未全面形成。例如,在劳动合同关系中,当前的主要问题是一部分人根本没有竞争机会,“参与竞争”也是形同虚设,以至于人们说“拼爹”的社会“没有未来”。于此情形,并无“自由竞争”,更无公平竞争。

因此,对现代民商法文化局限性的讨论,于我国而言,绝非要否认现代民商法对经济和社会生活的基础调节作用。事实上,没有现代民商法的基础调节作用,无论是建设社会主义市场经济秩序,还是转变经济发展方式,都会遭遇体制机制的障碍。当前,我国许多地区存在经济发展方式“久推难转”问题,其直接原因是受到政府主导的要素驱动和投资拉动式经济增长的掣肘<sup>[25]</sup>,而其根本原因,则是经济生活中,我们的主体意识、平等意识、权利意识、诚信意识、合作意识和责任意识不强,而封建文化、官僚文化、等级文化、特权文化和小农文化的成分过重!隐藏在这些落后文化背后的是寄生性、依附性和投机取巧心理,以致创新乏力,转型困难重重。<sup>[26]</sup>然而,为了维稳,为了“和谐”,一些地方政府越来越强势,行政权力“包打天下”,表现为“强有力的政府管制”,导致“政府资源配置权力的加强、对经济活动干预的增多,也在加速腐败和贫富两极分化。”<sup>[27]</sup>这实际上是以现代民商法文化的局限性否认其先进性。

法学上承认现代民商法对经济和社会生活的基础调节作用,归根到底,市场经济与公平而自由的竞争,乃是当代经济与社会生活的基础和主旋律。从这一角度来讲,社会弱势人群的生存状态和生活方式,并不代表社会的主流(这里没有丝毫贬低社会弱势人群之意)。现代民商法的主要调节对象,乃是具有正



常心智的成年人以及他们结成的企事业组织之间的民事商事活动,包括经济活动和科技研发活动,正是这些活动构成了市场经济与公平竞争、自由竞争的社会基础。由各项民商事法律原则和制度共同塑造的现代民商法文化,构成公民社会的基础文化,决定了社会成员的行为方式。

是故,在任何情况下,我们都应当明确,民商法乃是调节经济与社会生活最基础的法律。只有继续不遗余力地弘扬现代民商法文化,完善民商事法律制度,广泛培育人格之独立、精神之自由、经济之民主、交往之诚信的社会氛围,才有可能深入发展社会主义市场经济和民主政治,中国社会才有可能取得更大进步,<sup>①</sup>社会主义现代化建设事业才有可能更加顺利。

### 参考文献:

- [1]梁慧星.民法总论:第3版[M].北京:法律出版社,2007:10-80.
- [2]赵红梅.私法社会化的反思与批判——社会法学的视角[J].中国法学,2008(6):170-182.
- [3]TOYNBEE A J. Challenge-response, from a study of history[J /OL]. [2012-8-23]. [http://www.cooperativeindividualism.org/toynbee\\_challenge\\_and\\_response.html](http://www.cooperativeindividualism.org/toynbee_challenge_and_response.html).
- [4]安东尼·吉登斯.现代性的后果[M].田禾,译.南京:译林出版社,2012:1.
- [5]杨立新.制定我国人格权法应当着重解决的三个问题[J].国家检察官学院学报,2008(3):111-117.
- [6]FREEMAN M D A. Lloyd's Introduction to Jurisprudence[M]. London: Sweet and Maxwell, 2001: 125.
- [7]傅静坤.二十世纪契约法[M].北京:法律出版社,1998.
- [8]刘信平.美国侵权法中的严格责任研究[J].中国法学家和律师,2005(3):34-42.
- [9]加藤一郎.民法的解释与利益衡量[C]//梁慧星,译.梁慧星.民商法论丛:第2卷.北京:法律出版社,1995:75-78.
- [10]邱本.从契约到人权[J].法学研究,1998(6):26-39.
- [11]尹田.法国现代合同法[M].北京:法律出版社,1995:45-47.
- [12]COWNIE F, BRADNEY A, BURTON M. English legal system in context[M]. Oxford: Oxford University Press, 2007: 18-37.
- [13]孔令龙.英国新首相卡梅伦的三张面孔[J].南都周刊,2010(20):18-20.
- [14]JUNE M. Torts[M]. Oxford: Oxford University Press, 2006: 246.
- [15]PHILLIPS J J. Products liability[M]. New York: West Group, 1999: 45.
- [16]BRADGATE R. Commercial law[M]. London: Butterworths, 2006.
- [17]JACKSON E. Medical law; text, cases and materials[M]. Oxford: Oxford University Press, 2006: 132.
- [18]谢增毅.社会法的概念、本质和定位:域外经验与本土资源[J].学习与探索,2006(5):92-97.
- [19]罗斯科·庞德.法理学:第1卷[M].余履雪,译.北京:法律出版社,2007.
- [20]VON JHERING R. Law as a means to an end[M]. Translated by Isaac Husic etc., Boston: The Boston Book Company, 1913: 396-397.
- [21]罗斯科·庞德.通过法律的社会控制、法律的任务[M].沈宗灵,董世忠,译.北京:商务印书馆,1984:13.
- [22]汤维建.破产重整程序研究[C]//梁慧星.民商法论丛.北京:法律出版社,1996:145-147.
- [23]黄清华.论中国医疗过失责任法的发展方向——建立“基本医疗卫生服务损害救济制度”的建议[C]//陈小君.私法研究.北京:法律出版社,2012(13):237-246.
- [24]林喆.社会权:要求国家积极作为的权利[N].学习时报,2007-6-13(思想理论版).
- [25]吴敬琏.转变经济发展方式遇到了许多体制性的障碍[J].中国改革,2010(4):10-14.
- [26]黄清华.转变发展方式的政治经济学原理论要[J].社会科学战线,2013(4):61-68.

① 这一结论得益于对 Citizenship and Social Class and Other Essays 一文。在这一公民社会学的经典文献中,作者 Thomas Humphrey Marshall 指出,在英国,民事权利在 18 世纪首先获得发展,其特点在于对已经存在的地位不断增加新的权利。19 世纪伊始,个人经济自由的原则被广为接受,自由得到普及,与自由地位联系在一起民事权已获得了充足的内容,从而为谈论一种普遍公民权提供了可能。政治权利形成于 19 世纪早期,它的发展是 19 世纪的主要特征之一。1918 年的改革法确立了成年人投票权,从而将政治权利的基础由“经济实力”转变为“个人地位”,至此,普通民众才原则上正式获得政治权利。

[27]吴敬琏. 中国市场经济出现倒退 —— 吴敬琏在国际经济学会(IEA)第 16 届全球大会开幕式作主题发言[J/OL].  
[2011-7-16]. <http://economy.caixin.com/2011-07-05/100275860.html>.

## Advancements and Limitations: On Culture Characters of Modern Civil and Commercial Law

HUANG Qinghua

(*Law School, the University of Sheffield, S10 2TN UK*)

**Abstract:** Advancements and limitations are culture characters of modern civil and commercial law. The advancements mean the characters of social progress and applicable technique. The consciousness of subject, equality, right, good faith, cooperation and responsibility are a reflection of the character of social progress; meanwhile, the character of applicable technique refers to that the culture of modern civil and commercial law is a technique culture. The character of limitations focus on that the order of private law is unhelpful for vulnerable populations, and unable for controlling the social risks brought by the profit orientation of market economy. The legal phenomenon of mixing civil and commercial matters legislations together social legislations in recent years, is just a profound reflection of the characters of limitations. The discussions on the character of limitations do not mean denying base regulation function of modern civil and commercial law pointing at economic and social life. At present, a fundamental task of building China's legal system is to raise continually the culture of modern civil and commercial law with the best endeavor, and to perfect the legal system of civil and commercial matters with the rationale of social jurisprudence of private law, while accelerating the development of social legislation.

**Key words:** culture character; modern civil and commercial law; advancement; limitation; social progress; applicable technique

(责任编辑:董兴佩)