

论中国民法变迁的文化语境

李 宏^{*}

内容摘要 文化为制度之母。当我们对某种法律现象进行深入探究时,就必然会触及它赖以成型的文化基因及其制度表达。“中国文化”与“中国民法”之间存在着紧密的文化—制度互动关系。中国古代民法观念和民法制度生成于传统中国特定的历史文化环境,体现了中国古人在法律发展变迁中作出的具有中国风格和中国气派的历史选择与文化自觉。在“旧邦新命”的文化语境中,中国近代民法与西方民法的趋同及其限度,诠释了近代民法与传统文化的关系,折射出中国近代民法与文化发展之间合规律性与合目的性的统一。新时代的《民法总则》将社会主义核心价值观作为立法宗旨,代表了当代中国民法典文化发展的新高度,反映了中国法学界以唯物史观整合中华优秀传统文化资源的价值底蕴和文化自信。这也表明,当代中国民法典的编纂唯有结合中国文化语境,才能充分和恰当地呈现民法的“中国特色”。

关键词 中国民法 制度变迁 文化语境 民法典文化 民法现代化

理解中国民法的历史成因和发展历程,必然关注中国民法与中国文化的关系问题,正所谓“文化为制度之母”。^① 在传统文化因素的作用下,中国古代民法具有“不得不然”的历史“合理性”,这种不同于西方市民社会民法典的独具特色的民法文化形态,体现了中国古人在法律发展中作出的具有中国风格和中国气派的历史选择与文化自觉。中国近代民法在经济全球化潮流、西方法文化冲击和固有法文化遗存的共同作用下,交织着对西方民法文化的吸纳和对中国传统文化的继承。在中国民法典编纂紧锣密鼓进行的当下,《民法总则》将社会主义核心价值观作为立法宗旨,反映了新时代中国学人的文化自觉和文化自信。当我们用文化的视角审视中国民法的历史变迁时,无疑会深刻意识到“文化因素”与“民法模式”的互动关系,进而体认到,实现民法典与中国文化的视域交融,是当代中国民法编纂者的历史使命。

一、文化自觉：中国古代民法与传统文化的视域交融

诚如学者所言,“(中国)传统法律中纵然找不到标明‘民法’和‘民法典’的法律,但各种各样的民事主体,丰富多彩的民事法律关系,甚至有特色的民事术语都是客观存在的”。^② 这种有异于西方“形式理性”的民法观念和民法制度,生成于中国古代独特的社会历史文化环境之中,是中国古代小农经济、政治结构、

^{*} 河南师范大学法学院教授、法学博士。本文系河南省哲学社会科学规划项目(2017BFX015)的阶段性成果。

^① 参见[美]塞缪尔·亨廷顿、劳伦斯·哈里森:《文化的重要作用:价值观如何影响人类进步》,程克雄译,新华出版社2002年版,第119页。

^② 赵晓耕:《新中国民法典起草历程回顾》,法律出版社2011年版,第21页。

思想观念及自然环境等多种因素综合着力的结果。当我们对这种民法现象进行深入探究时,就必然会触及它赖以成型的文化基因及其制度表达。中国古人在由野蛮走向文明的历史演进过程中,长期保存着历史文化中沉淀的、符合民情民俗的法律与习惯,逐渐生成了以类似近日物权、契约和婚姻家庭制度等为主要内容的民事观念及民事规范。中国古代民法之所以能与中国传统文化达至融通之境,可从以下层面理解与把握。

(一) 民事立法的价值取向取决于传统文化制约下的民事规范的传承性

民事立法的价值取向在于保障民事主体权益的实现和促成民事资源的优化配置,因而可以简略地认为,民事立法不过是国家利益与私权利益之间冲突的协调。基于此,统治阶级在创设民商事法律时,都会审慎考虑并遵从传统文化制约下的法律机制的继承性。^③ 马克斯·韦伯就曾指出,如果统治者违反了“古老而稳定的社会秩序”,那么他就会丧失神性,实质上就是失去了统治的合法性依据。^④ 堪为例证的是,法国《拿破仑民法典》的具体内容和规则大部分来源于中世纪的罗马法和法国习惯法。^⑤ 在德国,以萨维尼为代表的历史法学派坚决拒绝以《拿破仑民法典》作为本国民法典的蓝本,转而寻求以德意志“民族精神”为皈依制定自身的民法典,又构成了理论上的洞见。也正因此,20世纪初出台的《德国民法典》,其追求的目的并非完全在于顺应当时的社会改革,而是对德国已有的法规进行清理,以保持其文化一贯性。^⑥ 至于英国,严守古风、遵循判例更是其重要的包括财产法文化在内的法文化特征。以上诸国之所以不约而同地在民事立法中保留既存传统文化,其缘由即在于,民事法律规范(尤其是与家庭关系紧密联系着的婚姻、继承等规范),不仅是统治集团意志的体现,更与民众生活紧密相联,浸淫着民众习惯化的生活规则。立法者如若执意将与习俗、道德、宗教等文化因素交织的行为规范予以彻底改头换面,必将付出极大的代价。^⑦ 同时,违背民情、民俗规则的立法,也会因民众文化心态的不认可而损伤权威与效益。鉴于此,各国立法者在确立民事立法的价值取向时都会审慎考虑并遵从传统文化影响下的法律价值机制的传承性。

中国古代民法以和谐安宁为价值理念,以维持社会秩序的稳定为目的。中国历代王朝在制定法律之初,大多强调和宣示“祖宗之制不可变”。如史载明初,丞相李善长等进言:“历代之律,皆以汉《九章》为宗,至唐始集其成。今制宜遵唐旧。”太祖从其言,“令子孙守之。群臣有稍议更改,即坐以变乱祖制之罪”。^⑧ 在《御制大明律序》中,朱元璋特别强调了“朕仿古为治”的立法继承性思想。^⑨ 这些都折透出立法者的历史文化意识和法律传承观念。因此,虽然中国古代没有一部独立的民法典,但传统社会能够长期有序运转,民间生活及民事法律关系能够有效调整,这与在传统法律制度和文化中积累起来的行为规范、行为模式及法律观念是分不开的。作为一个乡土社会,中国传统社会的民事关系、民事活动一般局限于亲友乡邻之间,民众对国家制定法之外的习惯、民俗、伦理、道德等民间法更加熟悉,在理解和运用上更加自如乃至

③ 参见李金泽:《法律互异与冲突:文化因素透视》,载梁慧星主编:《从近代民法到现代民法》,中国法制出版社2000年版,第33-34页。

④ 参见夏锦文:《传承与创新:中国传统法律文化的现代价值》,中国人民大学出版社2012年版,第250页。

⑤ 朱晓喆:《论近代民法的理性精神——以19世纪民法法典化为中心》,载《法学》2004年第3期。

⑥ 《德意志联邦共和国民法典》,上海社会科学院法学研究所译,法律出版社1984年版,译序第5页。

⑦ 参见席建松:《司法实践适用传统习惯的法理分析——以香港为研究对象》,载《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)2008年第6期。

⑧ 《明史·刑法志》。

⑨ 刘广安:《中国古代法律体系新论》,高等教育出版社2012年版,第83页。

形成偏好。这正如勒内·达维德所言:中国人处理纠纷首先想到的是“情”,而后是“礼”,再后是“理”,直到最后才会考虑诉诸法律,“中国人一般是在不用法的情况下生活的”。^⑩ 由于中国文化之根在传统的乡土社会,国家政权的力量通常只触及县一级,县以下的乡村治理主要依靠传统的习俗与伦理来协调。^⑪ 故而,中国古代地方官员的治理理念彰显着一种妥协或者服务的精神,正所谓“人情尚俗,各处不同,入国问禁,为吏亦然”。在司法审判上,他们更是兼顾情、理、法协调运用,“每听一事,须于堂下稠人广众中,择傅老成数人,体问风俗,然后折衷剖断,自然情法兼到”。^⑫ 地方官吏普遍认可断案不如息讼,治理以民间和谐稳定为要,“勤于听讼,善已,然有不必要过分皂白,可归和睦者,则莫如亲友之调处”。^⑬ 对于他们来说,尊重民风民俗,实现社会和谐,才能在实践中获得民众的支持和接受,也才能取得统治和治理的实际效果。《明清案狱故事选》有载:宜章县寡妇郑宋氏无子,想要过继亲侄子郑观,族人们认为郑观父亲已经去世,不应该过继给他人,因此反对过继郑观。为此,两造打起了官司。道台汪辉祖认为:“观宜嗣宋无疑。孀妇立继,听其自择。”即要尊重郑宋氏的选择,“昭穆相当,独子勿禁”,合情合理。况且这是国家法度规定,更应该支持:“今例得出继,天子命之矣,又何讯焉!”此“是知听讼者当通今也”。^⑭ 在本案中,地方官吏以传统法律习俗作为明情讲理的依据,使两造心服口服,解决了纠纷,促进了和谐,达到了稳定社会的效果。

(二) 民事立法内蕴的自治性强化了文化因素在调整民事生活中的作用

基于历史和文化的积淀,各国民法中形成了全体社会成员普遍认同并遵循的行为规则,这些规则长期存在于人们的社会习惯和法律意识中,使民事规范所调整的社会关系内蕴着自治性特征,这种自治性特征无疑是文化因素的稳定性、继承性和连续性在民法中的表现。^⑮ 意思自治是指私人间法律关系的取得、变更或消灭都取决于个人之自由意思,它适用于一切私法领域,并为民事法律关系当事人沿袭传统的民事习惯和规则创造了条件。有学者从人类从众心理和行为规律入手,经研究分析得出结论:相对独立的个体所组合的群体,如果在没有外界意志或压制的情况下,意思自治的个体便会自发形成一种从众或沿袭传统的基本心态,这种心态既是民商当事人遵循传统的心理基础,也是立法者尊重并维持民事法律的稳定性、继承性所立足的文化心态。^⑯ “皇权不下县”的中国古代社会治理理念,使政府颁布的律令一般只在中央层面运行,在民间生活及私法领域发挥实效很小。有学者在统计的基础上指出,《大清律例》律文 436 条,其中涉及婚姻、继嗣、尊卑关系及亲属之间互殴辱骂等方面的条文仅 40 条左右,在数量上约占总条文的 10%。^⑰ 传统律典中的民事法律条文数量少、所占比例低,并非缘于古代鲜有民事纠纷,而是由于大量的民事纷争不必动用国法去解决,正所谓“诸论婚姻、家财、田宅、债负,若不系违法重事,并听社长以理调解,免使妨废农务,烦紊官司”。^⑱ 习惯作为人们多次往复实践、不断积累而逐渐形成的准则或规范,成为中国古代支撑社会秩序的许多制度中的重要的一种,主要表现为民事交易习惯、婚姻家庭习惯、继承习惯等。

^⑩ [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社 1984 年版,第 486-487 页。

^⑪ 汪雄涛:《中国法律史研究的三种神话——基于明清社会的反思》,载《法学评论》2013 年第 4 期。

^⑫ (清)汪辉祖:《学治臆说·初任须体问风俗》,载郭成伟:《官箴书点评与官箴文化研究》,中国法制出版社 2000 年版,第 203 页。

^⑬ (清)汪辉祖:《学治臆说·断案不如息案》,前引⑫,郭成伟书,第 207 页。

^⑭ (清)陆以湉:《冷庐杂识》卷五,转引自华东政法学院语文教研室:《明清案狱故事选》,群众出版社 1983 年版,第 156 页。

^⑮ 前引⑦,席建松文。

^⑯ 参见前引③,李金泽文。

^⑰ 张中秋:《中国传统法律的公法文化属性》,载《华东政法学院学报》2005 年第 6 期。

^⑱ 参见前引⑦,张中秋文。

在古代中国,不仅民事生活中人们普遍遵循着业已形成的交易习惯,而且对于被视为田宅细故的民事纠纷,只要并非“违法重事”,也由民间自行处理,处理的途径主要是调解。^{①⑨} 明代《教民榜文》规定,在户婚田土等领域发生的纠纷,实行调解优先原则:“民间户婚、田土、斗殴、相争一切小事,不许轻便告官。”而解决纠纷的方式是“务要经本管里甲老人理断”,若违反此纠纷解决程序,“不问虚实,务将告人杖断六十,仍发里甲老人理断”。^{②⑩} 如果由家长或族长所主持的礼义说教不能解决当事人之间的纠纷而不得不将争讼交到官府的话,官府解决问题的第一个步骤首先也是力图以天理、人情、礼义来使当事人息讼。如果通过官府调解仍然不能使当事人之间的纠纷得到解决,那么,兼任地方官的法官审理案件的首要标准仍然是礼义、伦理原则,其次是对于地方治政所产生的影响,再次才是当事人之间的财产权、债权的归属。^{③⑪} 中国古代判官们以伦理纲常式的道德说教来教化民众,恰当地表达了中国古人在民事纠纷问题上的追求,即通过案件的审理和判决来实现当事人及相关方的沟通、协调与和谐,这就既节约了诉讼成本,又产生了“永睦和好”的实效。

(三) 民事立法的制度创设及裁判机理与立法者的文化选择意向不可分

立法者对法律制度的创制有特殊和现实的意义。卢梭在论证立法者的地位和作用时曾说:“为了发现能适合各个民族的最好的社会规则,就需要有一种能够洞察人类的全部感情而又不受任何感情所支配的最高的智慧。”^{④⑫} 而如此富有最高智慧的完美状态,除了“组成社会的人民创制法律”这一条件外,还需要以立法者的法意识为前提才能实现。虽然民法是在不同的时间、地点和场合,由不同的人群根据不同的想法创制出来的,但无论立法者是继承历史的制度文明,还是别出心裁地创造性地设置某些规则,都无法离开其所依存的地域性、民族性和时代性皆具的文化基质。^{⑤⑬} 因此,立法者在制定法律规范时,命定使然地会在其中注入他个人的想像、信仰、情感、好恶与偏见,虽然期间不可避免地会渗透着某种社会的需求,但必折射出立法者特定的文化选择和意向,并影响和限定着法律发展的基本走向。^{⑥⑭} 对立法者来说,任何观察和思考都不是纯粹的“客观”过程,客观的感知来源于当时特定的文化环境,故而,立法者在进行立法时,往往倾注了与文化环境相适应的立法心态,从而强化了民事法律规范中文化因素之作用。^{⑦⑮}

中国古代自汉武帝“罢黜百家、独尊儒术”以来,在法律思想上推崇儒家倡导的情、理、法三结合的立法与司法观念,并借以维持和仰仗在精神上崇尚并遵从儒家思想的文官集团为特质。^{⑧⑯} 这个庞大的官僚群体是在选拔官员的科举制度中产生的。因此,要了解由科举制度而担任官职的人们特点,就必须了解中国传统儒家教育的基本性质和特征。韦伯曾把中国传统儒家教育归结为一种介于以培养个人魅力为目的教育和以专门化的专家训练为目的教育之间的类型,或可称之为陶冶教育的类型。在这种陶冶教育类型中,教育的主要目的是在于培养一种生活态度,培养一种文化人。换言之,这是一种人文主义的教育。

①⑨ 参见前引①⑦,张中秋文。

②⑩ 参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第289页。

③⑪ 参见赵晓耕:《身份与契约:中国传统民事法律形态》,中国人民大学出版社2012年版,第102页。

④⑫ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第53页。

⑤⑬ 参见前引③,李金文。

⑥⑭ 梁治平编:《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1994年版,第54页。

⑦⑮ 李宏:《论文化因素对中国传统民法的影响》,载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第6期。

⑧⑯ 徐振华:《中国近代侵权法之理论创新及评析》,载《西南政法大学学报》2012年第2期。

这种教育“受到正统解释的经典作者的固定规范的约束,因而是极度封闭且墨守经文的教育”。^⑦ 这种教育的性质和内容在很大程度上要求受教育者普遍对儒家经义了如指掌。由这种科举制度选拔出来的中国古代官员,虽从未接受过专门的司法训练,但却通晓由圣贤之道中衍生而来的治国理念与安邦之策。^⑧ 在中国古代行政司法合一的体制下,他们肩负着政治家、法律家和道德家三位一体的使命。^⑨ 立法、司法与法律解释中的情、礼、法交融,成为中国古代法律文化的一大特色。在儒学思想熏陶下,儒生们用体现血缘伦理的纲常礼义来指导国家立法并按照儒家学说对立法进行解释,使得民事法律规范淹没在宗法制度下的礼与刑之中。司法者在这种思维定式和社会文化风气浸染下所作出的判决,凝聚着古代判官们在他所生存时代的特征和他个人对法律的理解,展现了古代判官们情理兼顾的法学世界观。《名公书判清明集》所载“子不供养父母案”,^⑩就是判官用儒家经义解决纯粹属于伦常之类的典型案件。中国古代统治者站在中国传统德化立场上对封建律法的理解与适用,浸淫着所处历史时代的儒家精神。

二、旧邦新命：中西文化交融冲突与中国近代民法转型

中国古代民法与中国传统文化的视域融合体现了一种文化自觉,它以蕴含在刑法中的表达形式,曲折、凝缩但有效地调整着古代社会的民事法律关系,形成了独具特色的中国古代民法的文化形态。在 19 世纪以前,中国民法可以说就是“中国人”自己的民法。但世界民法史表明,民法不仅受一国内部诸文化要素及其组合变化的制约,而且文化所具有的开放性、包容性和可变性等特征也决定了民法必然受其他国家相关文化现象的影响。当历史发展到 19 世纪末 20 世纪初,伴随着全球化浪潮,文化发展的新走向不可避免地渗透到中国社会的机体内部,国力孱弱的清朝政府无力抗衡,最终在西方法文化的强力冲击下,中华法系逐渐解体。中国古代民法也在晚清政府的推动下开始仿效西方民法的形式变化和价值转型的变革之路。

(一) 中西文化交融与中国近代民法的趋同转型

民法趋同指的是不同国家、地区和不同法系的民法,随着世界文化的交流融合、彼此借鉴、相互渗透和吸收,逐渐趋于一致的倾向。^⑪ 在法律趋同化过程中,法律移植发挥着重要作用。法律移植会引起法律文化在不同国家和民族间动态地输入输出,这就为法律变革摆脱和削弱文化隔离机制创造了条件。随着中西文化系统间互动频度不断加大,中国古代民法的传统特质日益式微,市场规则的普遍适用和共同的价值追求为近代中国民法的趋同提供了经济和文化条件。

1. 从本体论上看,民法根源于普适的物质生活关系

^⑦ [德] 马克斯·韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社 2003 年版,第 102-103 页。

^⑧ 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 228 页。

^⑨ 谢晖:《中国古典法律解释的哲学向度》,中国政法大学出版社 2005 年版,第 61 页。

^⑩ 该案基本情况是,宋朝时期,有一寡妇阿蒋与其子鍾千乙相依为命,但鍾千乙终日游手好闲,花钱无度且对年迈的母亲不尽赡养义务,被其母状告。按《宋刑统》之规定,被告鍾千乙构成“不孝”无疑,属十恶不赦之列。判官胡石壁对被告鍾千乙“责戒励,放”,同时令其“仰革新悔过,以养其母”,并支五斗米,接济原告寡妇阿蒋的生活。参见(宋) 幔亭曾公孙:《名公书判清明集》,中华书局 1987 年版,第 364 页。

^⑪ 张婧仪:《全球化背景下法律趋同现象与制度选择的关联考察——以中国的法制发展为例》,载《商业时代》2011 年第 12 期。

马克思主义认为,法的关系根源于社会的物质生活关系。^②这一论断揭示了法律——尤其是市民法——根源于市民社会,也就是商品生产与交换的真谛。民法是人们进行社会交往的行为规则,与市场经济紧密相关,这就使得调整商品经济生活的各国民法有着共同或近似的基本价值,从而为民法的趋同奠定了坚实的物质基础和实现可能性。近代中国民法的深刻变革和模式更新,并不仅仅是基于西方文化的冲击,从根本上来讲,是在与中国社会内部的经济需求共同作用下最终完成的。

19世纪初期,中国社会内部经济条件发生了变化,商品经济得到进一步发展,并较前朝在社会经济系统中占有日益重要的地位。19世纪中叶,中国国势日益衰微,西方列强用坚船利炮轰开了中国的大门,并强迫清政府签订了一系列丧权辱国的不平等条约,向中国疯狂倾销商品,输出资本,刺激了中国社会内部早已萌芽的商品经济的发展。到19世纪末,中国早期创办的一些小规模近代工业已逐渐发展成为真正的近代工业,一批民族资本家开设的公司、工厂随之出现,社会公用事业部门如铁路、公路、银行等也得到了发展。20世纪前50年,这些近代工业企业的增长率,估计大约为每年7%或8%。^③中国资本主义工商业的发展和社会生活的变迁,需要相应的民法规范对其加以调整,对西方资本主义民法的移植也正是为了适应当时商品经济结构的改变与社会关系变迁的要求。因此,推动中国民法变革的主要动因,来源于中国社会内部存在的经济、政治和社会条件,其中经济条件“归根到底还是具有决定意义的”。^④在西方民法理念的影响下,晚清政府组织制定的《大清民律草案》中的总则、物权、债权三编,均以最新的民法理念为指导,采纳了世界各国通行的民法原则,在具体制度与规则的设置方面与近代西方民法几乎无异。之后的北洋政府和国民政府立法机关,在民法的制定上同样秉持“后出最精确之法理”,积极地学习并移植最先进的民法制度与理论,从而彻底改变了中国数千年来的传统法制,开创了中国私法制度与私法文化发展演变的新局面。

2. 从价值论上看,民法内蕴着人类共通的价值追求

法律制度虽然不能脱离政治国家意志的制控,但在商品经济条件下,各国的法律构造的价值内涵具有同质性。^⑤平等、自由、权利和人格尊严是人类共同认可的价值观及法律追求的目标,也是民法核心价值之所在。

如在身份平等方面,《法国民法典》表述为“所有法国人都享有民事权利”,《日本民法典》也确立了“私权的享有始于出生之时”。西法东渐,中国清末修律在民事立法方面也引入了这一观念,并将民事权利平等原则确立于《大清民律草案》:“凡人(自然人),无论男女老幼,均当有权利。”虽然清末民律草案受传统礼教影响,在婚姻家庭与继承制度中仍有尊卑有序的身份不平等规定,但在《民国民律草案》及《中华民国民法》编纂时,人格平等与身份平等观念逐渐被国人接受并最终确立于《中华民国民法》中。在私权本位方面,《法国民法典》第544条^⑥以绝对私有立法有力地保护了刚刚夺取政权的资产阶级利益,赋予私人对其财产享有绝对的、排他的、自由处分的权利。这种观念对中国近代民事立法产生了实质性影响,《大清民律草案》规定:“所有人于法令之限制内得自由使用、收益、处分其所有物。”此后的《民国民律草案》及《中华民国民法》对此亦作出了明确规定。在私法自治方面,这一理念在民法上主要体现为“契约自由”,其对中

② 《〈政治经济学批判〉序言》,载《马克思恩格斯全集》(第13卷),人民出版社1962年版,第8页。

③ [美]费正清、费维恺:《剑桥中华民国史》(下卷),刘敬坤等译,中国社会科学出版社1994年版,第28页。

④ 《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1995年版,第732页。

⑤ 参见睦鸿明:《中国民法现代化的发端及价值选择误区》,载《江海学刊》2006年第2期。

⑥ 《法国民法典》第544条规定:“所有权对于物有绝对无限地使用、收益及处分的权利。”

国近代民事立法的影响是通过确立民法原则及具体制度来实现的,如《大清民律草案》规定:“契约者,由二人以上之意思表示合而成立之双方行为也。”《中华民国民法》在坚守契约自由的同时,也吸收了社会本位立法,以克服契约自由原则的滥用对社会造成的弊端。

经过以《大清民律草案》《国民律草案》和《中华民国民法》为标志性成果的近30年的努力,近代中国打造了独立、系统、完整的民法典,并且在法典中确立了平等、自由、权利和人格尊严等近代民法价值理念。

(二) 中西文化冲突与中国近代民法趋同的限度

文化交融使人们的生活模式和交往方式发生了深刻变化,民法更是由于其调整商品经济的本质属性而冲破了不同国家或地区局限而走向趋同。然而,吊诡的是,文化间的交融在某些时候也会使不同国家间的法律文化呈现愈来愈大的差异。^{③④}这种趋异现象,说明了法律文化本身由于其与民族精神与民族习惯的紧密联系所具有的保守性与稳定性特质,不会因与世界各国的对外交流而有大的改变。这种“趋异”或安定性因素,就是法律发展过程中必然出现的法律趋同应当持有的限度。

1. 法律文化的异质性造成了中国民法趋同的限度

法律文化的异质性指的是各国法律由于与本民族文化特质相关而具有的不同于其他国家法律文化的独特属性。经济全球化会促进世界各国法律的趋同,但多种秩序利益并存的世界又使得法律具有明显的“地方性知识”特点。出于保持自身特有的本土性法律文化的需要,本国社会力量往往在引进外域法律文化之初,其自我认同的功能就会强烈地排斥外域法律文化的冲击。如日本近代历史上的“法典论争”,延期派曾一度“胜利”^{③⑤}就说明了这一问题。19世纪中叶之前,“中国中心论”心态在国人心理上造成了对西方文明的排拒。清末变法,西方民法与中国传统中华法系相去甚远,也遭到晚清政府内部礼教派的激烈反对,以张之洞为代表的“礼教派”和以沈家本为代表的“改良派”之间发生了激烈的论争。鉴于中国传统家庭伦理根深蒂固,且亲属制度关涉世情民俗,《大清民律草案》的立法者在亲属与继承两编确立的改革方针是:既要参酌西法,又“不戾乎我国世代相沿之礼教、民情”。^{③⑥}这代表了清末思想家们所能达到的思想高度和文化境界。南京国民政府时期,婚姻立法理念日趋成熟,但在面对中国传统的家族势力及西方个人本位的影响时,立法者仍采取了审慎和理性态度。^{④⑦}一是“尽力征引”,如果西方民法能“补救我之缺陷者”或“较我为优良者”,则坚决引进;二是“数典不忘祖”。中国悠久的历史 and 深厚的传统文化,造成了在继受西方民法(尤其是婚姻家庭制度)的过程中,一些超越社会政治经济文化发展阶段的立法理念和制度建构趋同的阻力。

2. 法律文化的价值差异性构成了民法趋同的限度

法律价值指的是人们试图通过法律实现的目标或理想。^{④⑧}个人与社会的关系是衡量法律价值的重要指标。在这个问题上,中西方法制从源头上即表现为强烈的差异。西方法制文明的源头肇始于以从事商业海运为基础的古希腊社会,这种商业社会打破了血缘关系纽带,使人与人、人与社会之间的关系更多地表现为理性化的契约关系,在价值取向上表现为个人利益高于社会利益,形成了法律至上、公平正义的价

^{③④} [美]H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方等译,生活·读书·新知三联书店1990年版,中译序言第3页。

^{③⑤} 参见马作武、何邦武:《传统与变革——从日本民法典的修订看日本近代化法文化的冲突》,载《比较法研究》1999年第2期。

^{③⑥} (清)沈家本:《寄簪文存·奏刑律分则草案告成由》。

^{④⑦} 王歌雅:《域外法影响下的中国婚姻法改革》,载《比较法研究》2007年第5期。

^{④⑧} 付子堂:《法理学高阶》,高等教育出版社2008年版,第273页。

值追求;东方社会以自然经济为基础,在东方村社体系中,公社的单个成员同公社牢牢地绑在一起,在自然经济基础上形成了集体高于个人的价值判断。^②中西方法律价值取向上的不同,势必造成法律趋同的障碍。19世纪中期以后的100年间,中国法律体系从形式上看,其样态与西方法制已无明显差别。然而如若深入到法典背后的精神层面来考察,两者却大相径庭。从清末《大清民律草案》至国民政府的《中华民国民法》,中国法律家们在移植西方民法时,其初衷是迫切想与民法发展的世界潮流接轨,较多关注的是制度移植,而忽略了民法的市民社会属性,导致欠缺制度移植的土壤,欠缺市民社会基础上的价值观念的继受与培育。仅从这点来看,西方法律文化对中国民法发展的冲击还是有限的。

3. 民众适应能力的有限性导致了民法趋同的限度

法律是社会生活的调节器,其为社会民众所认知或接受才是实实在在的“活法”,否则也只能是“纸上的法律”。对一国民众而言,引入外域法律文化意味着将不属于自己的外来规范适用于自己的生活,而民众自愿遵守的必然是符合自己生活需要的法律及法律规范背后所蕴含的价值和观念。正如学者所言,心理层面是文化结构最具有民族性和保守性的,要改变中国几千年来传统文化凝聚积淀的产物,必然要比其他层面的改变艰巨复杂得多。^③对人们业已形成的风俗、道德及习惯进行价值观念、法律文化上的更新,需要相当长的适应过程。中国近代全面移植了基于西方私法理念所形成的民法制度,但民众在现实生活中依然遵循的是“三纲五常、尊卑有序”的礼教传统,移植的西方民法制度与中国民众的社会生活、文化传统发生断裂。曾参与东吴法学院的筹建并在该校任教多年的美国驻华法院法官罗炳吉通过研究认为,近代以来,中国要改造一个业已存在逾四千年的法律制度,以适应四亿人民的需要,这决非易事。“萨维尼以来的法学家已经指出一国的法律全部依赖他国是荒谬的。若当两国的法律代表了完全不同的文明类型时,则这种荒谬就达到了极致。”^④《大清民律草案》和《中华民国民法》均是政府支持下的法律家精英式立法,虽然它也在一定程度上适应了当时国内已有所发展的资本主义工商业的需要,但公众参与非常有限,法典内容对其过于超前,“以至于使得其在国民党统治区适用的20年期间,始终与国民的生活隔膜”。^⑤可见,具有几千年悠久文明的中国,在法律文化上有极大的自我认同性。社会民众适应能力的有限性,也是造成民法趋同的限度。

19世纪中期以后的中国百年,民法在与西方文化交融、整合和冲突中经历了趋同互动过程,推动了中国民法的现代化进程。同时,受中国传统文化、社会环境以及民族习惯的影响,中国民法又必然呈现出自己的本土特色。事实上,中国近代民法的百年变迁,一直存在着两种法文化的冲突:一是模仿或借鉴西方国家的民法概念、理论和制度;二是保存和发展中国固有民法传统和习惯。如何协调两者的冲突,为中华民族寻求一条既能体现中国民情,又能摆脱西方模式桎梏的民法典,不仅困扰着近代中国立法者,随着时代的发展,也成为当代民法学人面临的重大课题。

^② 《马克思恩格斯全集》(第46卷),人民出版社1972年版,第484页。

^③ 乔志强:《近代华北农村社会变迁》,人民出版社1998年版,第573页。

^④ 参见汪公文、江合宁:《回归历史传统的中国法治构架意识》,载《兰州商学院学报》2004年第6期。

^⑤ 刘锐:《近代中国民法典之路》,载《人民法院报》2003年3月24日。

三、文化自信：新时代社会主义核心价值观融入民法典

新中国成立后,中国大陆废除了包括民国民法典在内的国民党“六法全书”,重新构建了全新的社会主义法律体系。1986年《民法通则》成为新中国民事立法的里程碑。经过改革开放40年的努力,中国民事立法取得了重大成就。在民事法律体系建构过程中,我国一直比较注重民法的制度建设与实证研究,并将世界不同法系先进的立法理念融入其中,但忽视了对中国民法的精神构造。审视我国现行民事立法中外交融所产生的立法结晶,能感觉民事法律规范与中国传统文化的断裂与抵牾。^{④⑥}如“我国之离婚形态,有协议离婚与判决离婚,前者乃我国固有之两愿离,后者则是继受欧陆法制。既能维护固有传统,又能吸收欧美长处,固为理想,但我国传统之离婚与十八世纪以来之欧陆离婚制度,可谓两种极端不同之制度,而此二极端对立之制度,同时存在于我国现行离婚法上,使得我国离婚制度重现矛盾现象”。^{④⑦}还有学者从分家与继承的区别考察得出,分家已成为中国家庭家产分配的主要行为模式,但立法“在分家习惯和西方继承法之间,宣告了后者的全面胜利”。^{④⑧}究其原由,诚如学者所言,制约制度成败的,“还是文化问题,也就是在表面的制度之下,一些深层的价值、态度问题”。^{④⑨}

2017年3月15日,作为中国民法典总纲的《民法总则》以高票通过,并将社会主义核心价值观作为立法宗旨写入第1条:“为了保护民事主体的合法权益,调整民事关系,维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观,根据宪法,制定本法。”社会主义核心价值观由此成为中国民法典编纂的灵魂和导向。社会主义核心价值观融入民法典,反映了立法机关以问题为导向,将现阶段民事法律实践中存在的突出问题和实践需求作为立法重点。诸如为应对即将到来的中国老龄化社会问题,保障老年人生活,《民法总则》第33条规定了成年监护制度;为制裁现实生活中一些人贬损和污蔑英雄先烈的名誉,伤害大众情绪,用法律保护英雄烈士权益,《民法总则》第185条作出了侵犯英雄烈士权益应承担民事责任的规定;为鼓励见义勇为等主动帮助他人的行为,最大程度地免除见义勇为者的后顾之忧,倡导互助的良好社会风尚,《民法总则》在第184条明确规定:“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的,救助人不承担民事责任”;为处理好人与环境生态的矛盾,构建生态时代下人与自然的新型关系,《民法总则》第9条把保护生态环境这一生态文明作为民法的基本原则;为解决近年来因征地拆迁而引发的纠纷,落实中央关于保护产权的意见,《民法总则》第117条将物权法中的“足额”补偿表述为“公平合理补偿”,并将这种补偿上升到民法总则的高度,提升了其在整个民事法律中的地位。从理论意义上来讲,社会主义核心价值观作为中国特色社会主义文化的精髓,反映了中华民族的精神气质,凝铸了中国社会发展的价值根基,建立了中国人安身立命的精神家园。党的十九大将社会主义核心价值观体系纳入了新时代中国特色社会主义思想和基本方略,更是具有划时代的重要意义。以社会主义核心价值观确立中国民法典的价值基础,通过民法的具体制度及规范设计来展现丰富的价值内涵,展现中国民法的精神风貌,其目的不仅揭示民法典是一个庞大的制度体系,更是一个庞大的思想价值体系,蕴含着深邃的文化内涵。

^{④⑥} 参见陈景良:《寻求中国人“过日子”的逻辑》,载《人民日报》2016年10月20日。

^{④⑦} 林秀雄:《家族法论集》(三),台北汉兴书局有限公司1994年版,第37页。

^{④⑧} 参见俞江:《继承领域内冲突格局的形成——近代中国的分家习惯与继承法移植》,载《中国社会科学》2005年5期。

^{④⑨} Swartz D, Culture and Power, Cambridge University Press, 1922, p. 112.

（一）社会主义核心价值观融入民法典应当以民族文化兴盛作为支撑

文化的内核是价值。^⑤ 习近平总书记指出：国家和民族的强盛，以文化的兴盛为支撑，其中决定文化性质和方向的最深层次的要素，即是该国的核心价值体系或核心价值观。^⑥ 社会主义核心价值观以中华优秀传统文化所滋养，将核心价值观融入民法典，重燃了法学界对中华优秀传统文化法律文化的热情，成为新时代民法典编纂体现“民族性”特征的重要载体。以下以婚姻家庭制度为例简要分析之。

婚姻家庭制度“深深地植根于本民族的传统文化”之中，^⑦属于文化的核心地带，其伦理亲缘关系自古以来就与人类的宗教、习俗、道德等文化因素直接交融，文化传统特色极为明显。清末以来，西方婚姻家庭制度经过《法国民法典》《德国民法典》并通过《日本民法典》传到中国，对中国影响甚大。从整体框架上看，中国现行婚姻家庭继承制度已经完全西化了，且域外法对中国婚姻法改革的影响还延伸于2001年《婚姻法》修正案中。^⑧ 西法的影响强烈冲击了中国传统的家庭制度及其价值，导致人们在批判古代法偏执于家族伦理，忽视个体发展的同时，却没有看到旧的家庭制度中也有可资借鉴之处。萧公权先生晚年以自己的亲身经验说明了旧式大家庭在他孩童时代曾给予的补助、抚养和保障，得出的结论是：“‘新家庭’不尽是天堂，旧家庭也不纯是地狱。”^⑨这是对新旧中国家族制度功过的客观评价。中国在几千年的社会历史进程中形成了独特的家族文化，当家族成员因年老、疾病、意外而不能正常生活时，由大家族提供补助、抚养和扶助，如华容丁氏“置义田三百亩，以赡族之贫乏者”。^⑩ 家族文化传统流传至今，当人们遭遇社会风险时会通过一定的社会保障途径来解决，但家族心理、家族文化的作用会使人们更倾向于通过家庭或家族内部的风险分担机制来获得保障。实践中各种现象亦表明，婚姻家庭继承领域由于其悠久历史及人文环境的有机融合，使得该领域文化传统特色极为明显。尽管现代经济文化交流日益频繁，使该领域的地方特色受到冲击，但传统文化、传统习惯在该领域的深层结构上并未改变。在经济不发达和交通、信息不便利的边远贫困地区，这种现象尤为严重。中国民法典在编纂过程中要考虑到中国几千年历史发展进程中与传统中国人生活文化原理密切相连的固有脉络关系，要充分尊重和有效落实中国老百姓“过日子”的规则与逻辑。^⑪ 对体现“和谐”“友善”的家族文化，我们应当以时代精神激活其生命力，使其跟进中华民族伟大复兴的坚定步伐，重新彰显无穷魅力和影响力。

（二）社会主义核心价值观为民法典注入了民族精神基因与精神命脉

中华优秀传统文化是中华民族的精神命脉，是涵养社会主义核心价值观的重要源泉。一国民法典的制定，必须充分考虑本国独特的制度环境、独特的文化传统和风俗习惯以及独特的适用目的和适用要求。因此，中国民法典的编纂，在结构和内容上应当高度弘扬中华民族传统美德这一国人文化理念不变的底色，应当在吸收消化国外先进制度的基础上对中国独特的民族精神和民族文化进行妥贴的体现和创造性升华，应当既呈现当代中国的民法原理，传承中华法系优秀的传统，又凝聚国家民族崛起的雄心壮志。这

^⑤ 参见李德顺：《文化建设任重道远》，载《求是》2013年第10期。

^⑥ 《创造中华文化新的辉煌》，载《人民日报》2014年7月9日。

^⑦ 马忆南：《中国婚姻家庭法的传统与现代化——写在婚姻法修改之际》，载《北京大学学报》（哲学社会科学版）2001年第1期。

^⑧ 前引④，王歌雅文。

^⑨ 谢岳平：《萧公权：被遗忘的一代大家》，载《人物》2010年第8期。

^⑩ 参见徐扬杰：《宋明家族制度史》，中华书局1995年版，第42-43页。

^⑪ 陈景良：《突出“民族性”是中国民法典编纂的当务之急》，载《法商研究》2017年第1期。

样的民法典,绝非是外来制度的简单嫁接和拼装。

“一个民族的生活创造它的法制。”^⑦《民法总则》规定了习惯法的具体法源地位,当代的中国婚姻家庭法自应回应本土婚姻家庭继承习惯,使传统婚姻家庭继承文化中反映民族优良传统特色的内容依然发挥调整婚姻家庭关系与规范社会秩序的功能。以《继承法》为例,在财产继承中民间有夫妻合立遗嘱的情况,这既符合夫妻处分共有财产的习惯,吻合民众习惯采取的婚后所得共有制的财产形式,又体现了当代继承法遗嘱自由的原则。可以考虑在以后的《继承法》修改中,确立夫妻共同遗嘱形式。与之相关,“在现实生活中,尤其是广大的农村,存在着大量的生前特种赠与的做法,而且在继承中也有归扣的习惯”。^⑧因此,有学者建议在《继承法》修改中应增加遗产归入与扣除制度,尊重民众聚族而居、同居共财的习惯,借鉴国外相关立法例,兼顾共同继承中的公平与正义。^⑨还有学者建议,在保留“必留份”的基础上,增设“特留份”制度,使两种制度在继承领域共存与互补。总之,在民法典继承编修改提到议事日程的今天,应将反映中国社会婚姻家庭本土化要求的习俗植入继承法中,使其成为具有中国特色和价值内蕴的立法组成部分。

(三) 社会主义核心价值观融入民法典为全球治理树立中华文化标识

一个国家选择什么样的治理体系和治理方式,不仅是由其经济社会发展水平决定的,而且是由其历史传承和传统文化决定的。社会主义核心价值观也是国家治理现代化的灵魂,核心价值观的分层标志着现代国家观、现代社会观、现代公民观的产生,具有中国社会结构整体变革的重大意义。民法在稳定国家经济秩序方面发挥着基础性和决定性作用。它除为法官提供裁判依据、为民事主体提供行为准则外,还负有国家价值宣示、社会治理、维护稳定、体现国情等国家层面的特殊使命。因此,当代中国民法典的编纂不仅体现为立法需求,还是实现国家治理体系和治理能力现代化的重大举措。以中华优秀传统文化为涵养的社会主义核心价值观,有积极的处世之道和治理理念,就此而言,当代中国的价值问题虽然发生于中国,其产生原因和影响却是世界的。例如,中华传统文化关于“仁和”的价值理念,就可以为共商共建共享的全球治理提供丰厚的资源。“和实生物”“和而不同”“协和万邦”等格言警句,表达了中国人民坚定地走和平发展道路,照顾彼此关切,互惠共赢的信念。社会主义核心价值观融入民法典,对内将体现中华民族的“精气神”、向心力,对外将走向世界、占领价值观制高点,是中华文化自信的充分表现。面向 21 世纪的最具民族化情怀、代表民法发展方向的中国民法典,其世界意义并不在于它提供了什么“国际标准”,而在于它代表了一种从国情出发,以中华文化和核心价值理念为底蕴,以世界眼光和开放心态吸收和借鉴一切有益经验的信念。

综上所述,广义的中国民法由三大部分组成。一是中国古代民法。它作为中华法系的一部分,以非正式的、蕴含在刑法中的表达形式,体现了中华民族的文化传统,尤其在婚姻家庭领域与传统文化长期交融,其影响仍然非常明显。二是清末民国以来的民法。它以从大陆法系移植过来的民法典为主要形式,包括以西方先进民法理念整合的众多法则和条文,同时零星地存在着体现中华民族传统文化的民法规范。这是影响当代中国民法典编纂的主要法典资源。三是当代社会主义民法。在中国特色社会主义法律体系构建过程中,法学家们把主要精力放在关注民法的制度建设上,而对民法的精神构造有忽视的趋势。从文化

^⑦ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 304 页。

^⑧ 参见郭明瑞等:《继承法研究》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 99 页。

^⑨ 王歌雅:《论继承法的修正》,载《中国法学》2013 年第 6 期。

的视野和实际运行效果来看,民法体系的建立必须关注民族文化和精神气质,必须考虑引进的西方民法与中国文化的关联。《民法总则》将社会主义核心价值观作为中国民法典的价值引领,是新时代的中华文化自觉和文化自信,旨在提升塑造当代中国民法典的精神高度。基于中国特色社会主义的文化自信,相信中国民法典的编纂必然立足中国民事法治建设的伟大实践,凸显中国民事立法的时代特征,站在社会发展的文化制高点上,突破西方传统民法典的编纂模式,构建具有中国特色的社会主义民法典。

Abstract: Culture is the foundation of various social systems. When we inquire into certain legal phenomenon, we have to pay attention to its cultural genes and institutional expressions. This type of relationship can be seen in the direct interaction between Chinese culture and Chinese civil law. The concept and the system of civil law in ancient China were generated in the ancient Chinese historical and cultural environment, reflecting the unique historical choices and cultural consciousness of the ancient Chinese people. In the cultural context of the “new life of the old state”, the convergence between civil law in modern China and western civil law and the limit to this convergence embodied the relationship between China’s modern civil law and its traditional culture, and reflected the unity of the regularity and purpose of the development of Chinese civil law and culture in modern China. *General Provisions of Civil Law* made for the new era takes the core socialist values as the legislative purpose of building China’s civil code, showcasing the new heights of contemporary Chinese civil code culture and speaking of the value and cultural confidence of Chinese legal scholars in integrating historical and cultural resources based on historical materialism. In this sense, it is safe to say that only when it is combined with Chinese cultural context can China’s civil law show Chinese characteristics fully and appropriately.

Key words: Chinese civil law; institutional change; cultural context; civil code culture; civil law modernization

[学科编辑:吴欢 责任编辑:刘娟娟]