

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)[论文精粹](#)[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读全文](#)[> 论文精粹](#)

徐国栋:新人文主义与中国民法理论

admin 发表于： 2008-06-29 19:39 点击： 641

[摘要] 新人文主义的民法观主张民法中“人”的因素先在于并重要于“物”的因素,人身关系法是财产关系法的基础;但同时其又反对“人”与“物”的对立,主张人必须谦虚地保持与自然和其他生灵的和谐关系,必须厉行“节约资源、保护环境”的原则,从而与人类中心主义的“老”人文主义相区别。物本主义是与新人文主义的民法观相反的学术观点,是一种以偏概全的理论,应该淘汰。

[关键词] 新人文主义民法观 中国民法理论 物本主义

新人文主义的民法观是主张民法首先是社会组织法,然后才是资源分配法的学术观点。“社会组织”被理解为民法中的“人”的因素,“资源分配”被理解为“物”的因素,两者相权,“人”的因素先在于并重要于“物”的因素,这是因为“人”是“物”的目的。然而,新人文主义的民法观又不主张把“人”与“物”对立起来,让“人”以掠夺性的态度对待“物”,而是提出“保护环境,节约资源”的原则协调两者的关系,以此区别于人类中心主义的“老”人文主义。社会组织通过设定不同人的不同身份,赋予每种身份不同的权利义务完成,并且分成宏观和微观两个层次。前一层次是社会的,其中的身份如公民和外国人、消费者和生产者、完全权利能力人与失权人;后一层次是家庭的,其中的身份如父母和子女、丈夫和妻子等。宏观与微观综合作用,达成分配、惩戒的秩序目的。资源分配通过物权、知识产权、债权、继承权等制度完成,实现定纷止争、物尽其用、社会成员互助、家庭成员互助的目的。

这种民法观是为了完成中国未来民法典的结构设计提出来的。中国正在按“零售”的方式制定民法典,目前已进行至物权法阶段,因此,探讨“集零成整”时的民法典的结构安排是学者的任务。为此各家提出了种种方案,我则提出了新人文主义的方案。根据它,把全部民法的材料分解为人身关系法和财产关系法两个部分,确认它们遵循不同的逻辑,前者采取协作和互助主义,后者原则上采取经济人假说。而且出于目的与手段的关系的考量,笔者认为人身关系法是财产关系法的基础,并根据这种思路设计了人身关系法和财产关系法的两编制的《绿色民法典草案》的结构,成功地把全部民法内容安置在这个框架中,对它们做了不同于“物本主义”的民法典的结构编排。

物本主义是与新人文主义民法观相反的学术观点。它强调民法的首要功能是调整物的关系,即市场经济关系,将民法解释为经济法,主张把与财产无直接关系的内容从民法中排除出去。其最流行的形式是自改革开放以来至近期长期统治中国学界的商品经济的民法观。它采用“三件套”式的民法构成分析,即民法由主体(商品的所有人)、所有权(商品所有权)、债(商品的流转)三大制度组成,三者围绕着“商品”的轴心做轨道运动。其主张把其他的与此不相容的民法内容,如亲属法、继承法排除出去。按照这种观点,人只作为商品的代理人存在,没有其他存在意义。这种理论不能解释亲属法的回归、继承法在民法中的维持、不为之债等问题,是一种以偏概全的理论,应该淘汰。

新人文主义的民法观并非空穴来风,而是总结中国立法、司法实践得来的。在立法上,改革开放后的中国已接受婚姻法应该回归民法的观念,这要求我们更新受前苏联影响把婚姻家庭法排除出民法的民法观念。另外,在产品责任法领

域,立法者广泛运用消费者与生产者的身份作为调节利益关系的手段;司法者也广泛运用失权人的消极身份实现赏罚的正义。所谓失权人,就是因一定的过犯行为受法律惩处被有期或无期地剥夺某一方面的权利能力的人,例如因不执行法院判决被剥夺高消费的权利能力的人,因违背律师职业操守被禁止再从事此业的人等等。这些立法和司法实践是铸造新人文主义的民法理论的材料。新人文主义的民法观拥有广泛的国际国内理论共鸣者。从国际上看,“尊重人而不是尊重财产,但不要忽视财产在促进人类福祉上的积极作用”被大卫·斯皮兹(David Spitz)概括为自由主义的基本信条之一[1]。秘鲁法学家费尔南德斯·塞萨雷戈(Fernandez Sessarego)把民法的基本内容概括为主体的存在问题(to be)和主体对资源的拥有问题(to have),强调存在问题优越于拥有问题的地位(Carlos Fernández Sessarego, Breves Comentarios sobre las Enmiendas Propuestas al Libro Primero del Código Civil sobre el Derecho del Concebido y de las Personas Naturales, En Reforma del Código Civil Peruano, Gaceta Juridica Editores, Miraflores, 1998, pag. 66.)。根据我对古罗马、意大利、法国、德国、魁北克、阿根廷、日本、埃及八个政治体的民法调整对象理论的研究,它们中除了德国、日本外,都采用“存在”优先于“拥有”的观点,占绝对多数。从国内来看,与新人文主义的民法观之提出相同时,中国政府提出以人为本的执政理论;学者提出强调物质生产必须服务于人的福利的绿色GDP理论。凡此种种,都是共同的时代精神的产物——我们处在新人文主义的时代。

新人文主义民法观持有如下主要观

点:

1. 主张世界是人与物的二元结构,认为这两个世界要素的对立是我们思考一切问题的基础,反对“世界是我的表象”的唯意志论和人是物的特殊形式的唯物论。由于人是世界的中心是客观的、一时无法摆脱的现实,因此,主张人对于物的优越地位,张扬两者间的目的与手段的关系。

2. 认为人是谦卑的世界中心,因为其认识能力有限;而且因为他们可以利用的资源有限,所以人必须谦虚地保持与自然和其他生灵的和谐关系,以达到人类的可持续生存。这是比“可持续发展”更审慎、更符合现实的表达。为此要采用绿色原则,即维持人与资源关系的平衡的原则,建立生态主义的民法理论,把“节约资源、保护环境”界定为所有权本身的义务。

3. 基于世界的二元性把民法看成二元的,即人身关系法和财产关系法,或曰主体法和客体法。基于以人为重的理念,把前一种法看得优先于后一种法。

4. 基于对身份具有社会组织性的认识反对民法是单纯的私法的传统观点,认为民法中的人身关系法可以是立法者实现其治理目的,实施奖惩的工具。例如就“奖”而言,农民工因为工作出色被奖励城市户口,此户口可使他们在侵害生命权案件中获得与城市人同样的赔偿额;就“惩”而言,根据《公司法》第57条的规定,因经济犯罪受过刑事处罚的人在五年内不得担任公司的董事、监事、经理。他们构成所谓的“失权人”,即被剥夺一定领域的权利能力的人。在这些规定中,存在农民、城市人、失权人等身份,它们起着资源分配依据的作用。其中农民与城市人身份划分实际存在但不合理,正在被消除的过程中。尽管如此,它们与失权人的身份一起,仍然证明了民法的相当内容体现的是纵向关系,由此可以说民法是调整纵横交错的关系的法,是所谓的“混合法”。

5. 认为在大陆法系中存在两种民法传统,一种是以德国法及其追随者为代表的物本主义民法传统;另一种是以拉丁法族国家的民法为代表的人文主义民法传统。前者在德国法族的范围内导致了民法的财产关系法化,例如,曾兼用于人身关系法和财产关系法的取得时效制度和权利公示制度就被改造成了单纯的财产关系法制度。中国由于清末借鉴大陆法系时选择了德国法为母法,导致我们多数民法学者长期对拉丁法族的民法不够了解,难以汲取其人文主义营养,因此,中国民法学界的重要任务之一就是加强与拉丁法族国家的沟通,从独尊德国到兼收并蓄。

以上为新人文主义民法观的宏观方面的要点。由于对人身关系法研究的注重,新人文主义民法学者在这一领域的研究中也取得了推进,形成了如下观点:

1. 对人格与人格权差异的认识。前者是国家赋予的主体资格,表现的是纵向关系;后者是民事主体彼此之间的关系,表现的是横向关系。两者共处于民法中表明了该法的公私法界限不分的性格。前者按照自然法的观念是天赋权利,按照实证主义的观念是原权;后者按照自然法理论和实证主义的观念都是获得的权利。

2. 建立新的身份分类理论。把身份分为自然的和人为的两种,前者如男人、女人,成年人、未成年人;后者如外国人、中国公民,完全权利能力人、失权人;以及固着的和临时的身份,前者如父母、子女;后者如生产者、消费者。笔者认为,法律确定身份的目的在于分配权利义务,因此身份本身并非权利,而是取得权利承担义务的依据。使主体享有特权的身份为积极的身份,使主体权利减等的身份为消极的身份。因此,只有积极的身份意味着获得权利,消极的身份——例如失权人的身份——恰恰意味着权利的减等。上述理论把身份从狭小的家庭法的范围内解放出来,还原其普遍民法制度的本性。

3. 建立物的身份理论。认为物的身份划分是对客体进行法律调整的前提。物权立法的第一事应为规定物的分类,此等分类具有身份定位的意义,由此可以为它们设定易移转、难移转或不得移转。例如把多数人体器官以及毒品、武器设定为不得移转,从而一方面促进交易,另一方面提醒行为人谨慎决策甚至在某些方面实现立法者的家长制关怀,由此从客体的角度达成社会的秩序化。

由于新人文主义民法观要取代的是一种极为陈腐的理论,因此它形成在一个缺少论敌的环境中,遭遇的唯一挑战是物本主义民法学者提出的“无财产即无人格”的观点,其又分为两支。甲支派的学者把“无财产即无人格”命题中的财产理解为积极财产(Property),此论首先忽略了每个人都有自己的身体财产,因此不存在完全无财产的人的事实;其次否定了除了身体财产无其他财产的穷人在民法上照样享有主体资格(即人格)并享有不受歧视的权利的中国立法现实,因此,他们提出的上述命题不具有严格的学术意义。乙支派的学者把上述命题中的财产理解为财团(Patrimony),即积极财产与消极财产之和。但懂得Patrimony一词含义的人都知道,两种财产的关系有三种可能的形式:积极财产大于消极财产、两者相等、消极财产大于积极财产,在前两种情形中,财产尚可勉强被说成是支撑人格的手段,而在后一种情形,乙支派的学者证明的恰恰是“无财产或少财产也有人格”的命题。由于没有深入研究关键概念,他们走向了己不愿走到的反面。因此,对于这种说法,不值得批驳。

由于新人文主义民法观在理论上的优越性及其与时代精神的契合,它获得了广泛的认同。现在的民法教科书、私人的民法典草案中,已日渐减少物本主义的“民法调整财产关系和人身关系”的表达,日渐增多的是人文主义的“民法调整人身关系和财产关系”的表达。这种理论最值得称道的成就是中国民法学界无人敢于承认自己是物本主义者,哪怕是坚持物本主义的观点,也要给自己戴上人文主义的小花帽。这种转变见证了“人”的地位在时下中国的提高、中国民法理论与国际主流民法理论的接轨以及对陈旧落后的前苏联民法理论的抛弃。

注释:

[1]江宜桦. 自由主义哲学传统之回顾[C] // 刘军宁. 公共论丛·自由主义与当代世界. 北京:生活·读书·新知三联书店, 2000: 9.