

亲属法在民法典定位中的价值取向难题之 破解与对策

曹贤信 吉林大学 法学博士后流动站 吉林 长春 130012

摘要: 亲属法是否成为民法典的组成部分,在很大程度上取决于亲属法的价值取向。无论是“回归论”还是“独立论”,二者都未能从实质问题即价值取向问题加以破解。亲属法的价值取向在于实现个体幸福与家庭和谐,但这种伦理本质的定位并不会影响其“回归民法”。亲属法应在个体主义上注重个体幸福,以优化对民法典的共性;在整体主义上注重家庭和谐,以实现对民法典的个性。亲属法在价值取向上与民法典实现融通的交汇点就是亲属法的“以个人权利为基础的家庭本位”。

关键词: 价值判断; 价值取向; 伦理本质; 个体主义; 整体主义

作者简介: 曹贤信 法学博士 赣南师范学院应用法学研究中心主任 吉林大学法学博士后流动站研究人员 研究方向为亲属法哲学。

基金项目: 中国博士后科学基金资助项目(2013M541272); 教育部人文社会科学研究青年基金项目(12YJC820004)

收稿日期: 2014-04-23

中图分类号: D913.9

文献标识码: A

文章编号: 1671-7023(2014)04-0036-08

通说认为,亲属法是民法的组成部分,中国即将制定的民法典应当涵盖亲属法。如此通说,也可以大胆怀疑,小心求证。从逻辑上看,民法规范与亲属法规范之间是否具有自治性,应当以价值的确认为前提:价值问题与规范问题密切相关,但价值问题在逻辑上必须领先^{[1]118}。也就是说,民法与亲属法根据其相应的价值取向所规定的行为规范在多大程度上具有逻辑自治性,是决定亲属法纳入民法的关键因素。因此,亲属法是否成为民法典的组成部分以及亲属法的体系如何构建,亲属法基本原则如何确定,亲属法具体制度、规则如何安排等,在很大程度上取决于亲属法的价值取向^{[2]176}。

亲属法的价值取向始于婚姻家庭伦理上的价值判断。婚姻家庭伦理的价值性及其实践性和超越性构成了一切伦理的始点,其价值目标决定了亲属法的价值取向,并为亲属法的正当性提供伦理精神和价值支撑^{[3]125}。值得思考的问题是,亲属法所具有的伦理性是否必然影响其成为民法典的组成部分?应当看到,在亲属法是否“回归”民法的问题上,“独立论”与“回归论”的立场和理由迥异。即使在“回归论”者看来,亲属法的伦理性确实是影响其“回归”民法的顽疾,何况两者在价值取向上更是“南辕北

辙”。本文拟以“独立论”和“回归论”的学术主张为分析基点,试图阐述亲属法伦理本质的定位是否影响其“回归”民法,论证亲属法在价值取向上如何与民法典实现融通,以期对将亲属法纳入我国即将制定的民法典提供理论上的支持。

一、亲属法“回归民法”抑或“宣布独立”

民法作为市民社会的基本法,作为组织社会生活的基本规则,它必然需要通过婚姻家庭制度来调整婚姻家庭关系,构建稳定和谐的社会秩序^{[4]468}。民法调整的人身关系具体可分为人格关系和身份关系,其中身份关系主要是由亲属法调整的。是故,有学者建议改婚姻法为亲属法,可以使法律名称与其规范和调整的对象吻合,有利于构建亲属法的完整体系,同时顺应中国民法典的制定,重新界定亲属法在法律体系中的地位,实现亲属法向民法典的回归^{[5]78}。在学术上,从亲属法的“独立”到其“回归”,这一认识是有一过程的。

自1950年《婚姻法》颁行之后至1986年《民法通则》颁行之前,学者们一般认为婚姻法是一个独立于民法的法律部门。这种观点的产生主要源于以下几个因素:一是革命根据地时期婚姻立法经验的影响。革命战争时期以独立

部门法形式颁行婚姻法的立法经验一开始就影响了新中国的婚姻家庭立法,使其从名称到地位乃至基本框架内容都没能跳出习以为常的旧模式^{[6]103}。二是前苏联法学的影响。原苏俄民法典首次将家庭婚姻关系和劳动关系排除在民法典之外,另立家庭婚姻监护法典和劳动法典,其主要理由是这两种关系不属于商品关系范畴^{[7]27}。将婚姻家庭法划归民法部门是资产阶级意志和利益的体现,是婚姻家庭关系商品化、契约化的产物^{[6]102}。三是中国古代礼法传统的潜移默化。重伦理、重身份的礼法传统,使新的立法未能在深层上超越家庭本位的身份伦理关系,而这正是婚姻家庭法有别于民法一般原理的个性基础,由此忽视了亲属财产法和现代身份权的民法属性,人为地抹杀了婚姻法与民法的共性,强化了婚姻家庭法的独立性,使其难于与民法沟通,阻碍了婚姻家庭关系向非身份的民事法律关系的靠近和转化^{[6]103}。四是对民法的不同认识。持这种观点的学者认为,婚姻家庭领域里的财产关系是从属于人身关系的;民法中的一些基本原则,如私法自治、等价有偿等,在婚姻家庭法中是不宜适用的;因此,基于调整对象的不同性质和特点,亲属法应当成为独立的法律部门。

自1986年《民法通则》颁行以后,“婚姻家庭法是一个独立法律部门”的观点受到了挑战,许多学者提出了婚姻家庭法在法律体系上归属于民法的种种理由。有学者认为,婚姻家庭法是不是一个独立的法律部门,同婚姻家庭法学能否成为法学的一个分支学科,是性质不同的两个问题;从婚姻家庭法学的广泛内容和发展婚姻家庭法学的实际需要来看,似以作为法学中独立的分支学科为宜;因而从20世纪90年代以来的婚姻家庭法学者均不采部门婚姻家庭法说,而采学科婚姻家庭法说^{[8]37}。因此,无论以何种理由来排斥亲属法归属于民法,事实是“历史上民法将人身关系的调整排除出民法之外的种种努力总不得善终,也无多少的赞同”^{[9]61}。

然而时至今日,亲属法在民法典体系中的定位似乎还没有定论。有论者即使在认为“随着当前《民法典》草案建议稿将婚姻法定位为民法亲属法篇,抛弃传统的婚姻家庭法独立部门法传统似成定局,倘若对此提出异议似不合时宜”^{[10]68}的情形下,仍主张以身份关系为中心建构独立于其他法律的立体式的家庭法典。该论者对“回归民法”的反思主要基于以下三个方面的理由:一是我国家事实体法改革方向上与家事程序法背道而驰,其理论依据也截然相反;二是婚姻法“回归民法”后凸显了诸多问题,事与愿违;三是理论层面上“回归民法”的立论依据与前提难以成立,且对婚姻家庭关系及其调整方法、婚姻法与家事领域自由关系等认识不清,存在根本性偏差,有必要重新审视^{[10]68-69}。由此可见,该论者明显对“家庭共同体价值及善良风俗”寄予了殷切的希望^①。其之所以主张在公法、私法与社会法之外单列家庭法作为独立法律领域,归根到底在于“家庭关系作为人类与次级关系(一般社会关系)相对应的初级关系的典型,具有深刻的伦理性与公益性,有其法律调整的独特规则与方法”^{[10]81}。该论者指出,“婚姻家庭是伦理实体,婚姻关系不能服从于夫妇的任性,这是马克思关于婚姻家庭关系的经典性论述。在此基础上,认为婚姻家庭关系与商品经济存在本质差异,应适用不同的调整方法,这是婚姻法独立部门法的重要理论依据。”^{[10]74}一言以蔽之,该论者正是基于对婚姻家庭伦理本质的认识,才提出了亲属法的独立命题。至于上述所谓的三点理由,实际上都是围绕婚姻家庭的伦理本质而试图证成独立命题的。

姑且暂不论其质疑“回归论”立论前提与逻辑推论的理由是否错误^②,单就“独立”命题而言,笔者不甚认同。总而言之,在亲属法是否“回归民法”的问题上,“回归论”虽是主流观点,但在最为核心的根源问题即价值取向问题上未能给出令人信服的理论依据,而“独立论”

① 该论者指出,“儒家伦理是传统文化的重要组成部分,在传统中国起到了维系社会稳定与秩序的信仰作用,其重点在于五伦关系的调整,家庭伦理的巩固和发扬被视为‘治国平天下’的重要基础。家庭是传统的载体,是传承文化的重要场所。保持并巩固家庭法的独立地位,也有助于当前中华民族文化的复兴和重建。”巫若枝《三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统》载《法制与社会发展》2009年第4期,第82页。

② 有学者专门撰文评判独立论者,参见雷春红《婚姻家庭法的定位“独立”抑或“回归”——与巫若枝博士商榷》,载《学术论坛》2010年第5期,第142-147页。该文认为,婚姻家庭关系的伦理性并不意味着婚姻家庭法不是私法、权利法,婚姻家庭关系法律调整方法的特殊性,不改变家事纠纷是民事纠纷的性质。独立部门法的定位不能实现婚姻家庭研究和立法的基本目标。今后婚姻家庭法位民法的研究,应着重于婚姻家庭法与民法总则、其他民事法律的关系,以消除对“回归论”意图在婚姻家庭法领域推进私法自治的“误解”。

断然以亲属法的伦理本质而否定亲属法与民法典的关联的这种做法却是很冒失的。无论是“回归论”所主张的私法自治、契约自由、权利本位,还是“独立论”所主张的伦理本质,都无法客观、合理地论证亲属法与民法典的关系问题。因为这些主张都是表面现象,尚未从实质问题即价值取向问题上加以论证。笔者虽坚持亲属法仍是民法典的重要组成部分,但认为必须在理论上破解亲属法在民法典定位中的价值取向难题。

二、亲属法伦理本质的定位 是否影响其“回归民法”

笔者认为,亲属法的价值取向在于实现个体幸福与家庭和谐^{[3]126-127},兼顾“个体主义”和“整体主义”。这种价值取向也就决定了亲属法的性质为伦理本质^{[11]128}。那么,亲属法伦理本质的定位是否会影响其“回归民法”?答案是否定的。结合前文分析的争论点,笔者认为其理由有以下几点。

(一)从将婚姻家庭的伦理性等同于亲属法的伦理性,再推导出独立法律部门,这种演绎逻辑有问题

婚姻家庭具有伦理性,这是普通人均可感受到的常识问题。但是,作为调整婚姻家庭关系的亲属法是不是一定具有伦理性?能不能因为调整对象显具伦理性就必须使亲属法具有伦理性?这是需要论证的。在实然层面,需要我们就现行法律做伦理分析,以证明亲属法是如何具有伦理性的;在应然层面,我们不能因婚姻家庭具有伦理性而使亲属法不加区别凸显伦理性,因而把握亲属法与婚姻家庭伦理之间的立法限度就显得尤为重要^①。然而按“独立论”者的观点,显然不是这样的。以此观之,以调整对象即婚姻家庭关系的独特性而强迫亲属法具有独特性,进而使亲属法成为独立的法律部门,这在逻辑上有问题。再者,婚姻家庭的伦理本质与亲属法的权利表达虽表面看起来大相径庭,但逻辑上并不矛盾。我们知道,婚姻家庭伦理倚重道德义务体系,更多的是一些道德命令。然而,作为体现或反映婚姻家庭伦理的亲属法如果仍只倚重道德命令,则会失去法律应具有

的意义。法律应当有一套自己的语言体系,其中权利义务就是法律语言的基本范畴。在将婚姻家庭上的伦理义务做法律表达时,除注意法律与道德之间的立法限度外,关键是要处理好权利与义务的关系。既没有无义务的权利,也没有无权利的义务。至于亲属法是以义务为本位,还是以权利为本位,这当然不能简单给出答案。笔者认为,实际上,基于婚姻家庭伦理本质而提出亲属法应“以权利为基础的家庭本位”的观点(见后文分析)较能排除“独立论”者的“忧思”。我国学者指出,“家族本位的观念形成了极其复杂的亲属制度,成为中国传统民法的一个主要内容。”^{[12]304}虽然“以权利为基础的家庭本位”和“以家族为本位”在内涵上有所区别,但两者都注意到亲属法所调整对象的独特性。

(二)婚姻家庭关系的伦理本质并不会因“回归民法”转变成为平等主体之间的契约关系

“独立论”者可能忧虑民法上的私法自治、契约自由会被滥用于具有伦理性的婚姻家庭关系中,造成婚姻家庭关系的商品化以及对弱者权益的侵害。与前苏联法学家的理论一样,这种担心也是多余的。其一,在私法自治与国家干预关系上,无论是民法还是亲属法都会遇到国家权威介入的界点问题。国家不会因为婚姻家庭关系的伦理性、公益性而强行介入所有婚姻家庭领域,也不会以法律手段强制推行婚姻家庭的伦理建设以达到所谓的“保存并发扬中华民族优秀传统文化”^{[10]82}。即使如此行事,也必适得其反。其二,即使婚姻被称为身份契约,也根本无法抹杀婚姻家庭作为一个伦理实体的事实。更确切地说,婚姻是身份的伦理性契约,指的是结婚行为的契约,婚姻伦理实体是这种契约的伦理性后果。“独立论”者以麦克尼尔的关系性契约(或称身份契约)与个别性交易(或称目的契约)理论为论据,意在说明“身份契约与个别性交易存在根本差异”,以强化马克思关于婚姻家庭关系伦理属性的判断。然而在麦克尼尔看来,人身关系层面的关系契约与个别性交易都涉及“交换”。麦克尼尔指出,在关系性契约中,人身关系就是社会学家所说的初级关系,这种关系的参与者从中得到各种人身的非经济的满足,除了进行一个局外的观察者所谓的经济交换外,还进行社会性的交换;就

① 有关此方面的论述,可参见拙著《亲属法的伦理性及其限度研究》,北京:群众出版社2012年版。

现代的情形来说,婚姻关系是一个明显的例子;个别性交易则不是初级关系,它们只涉及很少的一部分人格,范围十分有限,就人身而言也不是惟一的,因而完全是可以转让的^{[13]12-13}。虽然关系性契约和个别性交易中的“交换”都涉及人身,且内容和程度有所不同,但就根本而言,亲属法“回归民法”并不会导致家事领域自由泛滥,也不会剥夺或削弱法律对家庭弱者的保护。离婚率高低与离婚自由有关,但与道德沦丧无任何关系。高离婚率并不意味着家事领域自由泛滥。虽然相较于民法,亲属法“地位薄弱”,但应归因于民法上的财产权利与亲属法上的身份权利之间的属性不同。财产权倾向于经济意义上的“法、理”秩序,而亲属法讲究社会意义上的“情、理、法”轻重。亲属法如若继续倚重明显存在着的传统伦常秩序、重男轻女等伦理观念提升法律地位,则会因若干法律规定违反人格尊重与平等自由等现代法律思潮而在民众中缺乏认同。

(三)民法本身并不会因其私法属性而不具有伦理性

在民法与伦理的关系上,美国学者帕克莱默指出,“对于民法来说,理性的问题是一个法律本身的正确性的问题,而法律的正确性则意味着法律如何根据道德构想来确立自己的位置。民法作为社会生活的一部分,或者套用柏拉图的说法,作为以有机的方式寻求一种私德和公德相互结合的美德的一部分,显然是一个派生的东西。”^{[14]86}这说明,作为整个法律规范体系的有机成分,民法同样也是以一定的伦理道德为基础的^{[11]118-119}。我国学者赵万一教授曾在《民法的伦理分析》一书中阐释了民法上的平等、公平、意思自治、诚实信用、公序良俗、禁止权利滥用等原则都是法律化的伦理原则。在外表上,法律更多的情形是与道德大不相同的,但只要稍加解析,就会发现法律的外壳之下隐藏着正是伦理道德,毋宁说,此处法律与道德之间的外观差异,乃是法律形式化的必要结果。比如民法,它们的大部分条款岂不是从自由平等、诚实信用、公平交易、遵守诺言等道德原则衍化而出?又有哪一条民法的基本原则能够与伦理绝缘?^{[15]76-77}

值得指出的是,《德国民法典》和《法国民法典》的形成都有赖于自然法学家的努力。例如,在《法国民法典》最终草案的序编中明确规

定“存在着一种普遍的永恒的法,它是一切实在法的渊源:它不过是统治着全人类的自然理性。”^{[16]290}《法国民法典》的相关规定,还认为婚姻是一种天生的自然行为,婚姻关系产生于爱的帝国;家庭是一个道德的圣殿,家庭关系是受夫、妻、子、女之间自然的亲情所牵系;承认离婚自由;扩大子女权利,等等^{[17]53}。德国学者指出,“在合法性与伦理性之间的紧张关系中,启蒙哲学和作为该启蒙哲学后果的民法理论通过一些可信的说服而希望能够将重心置于伦理性。在塑造人类、从而控制其人格昏暗的(非理性的)部分、并令其生活在理性中时,这似乎是可能的。然而,一旦出现主观性的可预见性受挫的危险时,民法才又回归到合法性,即回归到客观化。当从法律主体那里,人们无法再信赖其一般的、目的理性的行为时,该一般(理性)必须法定加以规定。这不是内容上的断裂,而是(交易的)正确性标准的内在化与外在化之间的断裂。”^{[18]123}

随着两大法典的实施以及之后法律职业群体的兴起,在合法性与伦理性之间的紧张关系中,重心侧重于韦伯所言的“实在法的形式合理性”,法律实证主义因此在注释法律方面取得了显著成功,并对传统的自然法学形成挑战。诚如霍姆斯指出的,“在我强调法律与道德的区别时,我是在关注一个单一的目标,即为学习和理解法律而强调的。”^{[19]459}即使如此,也不能抹杀两大法典的自然法基础。我国学者指出,“在我们看来中国在移植和借鉴大陆法系民法之时,并未很好地考察其产生的西方理性主义的文化背景,更未深入地分析中西方不同的法律文化而给确认人的伦理价值所带来的影响。我们知道,由《法国民法典》所开创的将人的伦理价值视为人的内在要素,并且形成生物人取得法律人格的近代民法人格技术,是建立于自然法观念之上的,而自然法观念在西方社会有着悠久的历史传统文化传统,并且与宗教信仰密切相关。”^{[17]86}正因为如此,论证包括亲属法在内的民法典的正当性是如何形成和变迁的,这对当下编撰民法典无疑具有重要的理论意义。

三、亲属法在价值取向上 与民法典的融通

如前所述,亲属法伦理本质的定位并不会

影响其“回归民法”。既然如此,亲属法在价值取向上如何与民法典实现融通这一问题的解决就显得极为重要。这一问题可分解为两个步骤或问题,即这种“融通”的可能性有多大以及可行性对策是否存在?对此,笔者认为有必要从哲学上比较民法和亲属法在价值取向上的差异性,进而在此基础上提出一种可能的立法对策。

(一)“同而不和”:民法和亲属法在价值取向上的哲学解构

1. 民法价值取向的哲学解构

民法典作为民法的存在形式,是以理性和自然法为其立法基础的。马克斯·韦伯认为,欧洲的法律都具有逻辑性形式理性的特征,实际上此种逻辑性形式理性在私法方面的显著表现就是民法典^{[20]32}。民法的法典化是大陆法系私法发展的最高形式和必经阶段。法典化过程中,民法的价值取向起主导作用,决定着民法诸价值体系,影响着民法原则和民法规则的制定。民法的价值取向是指一种以民法为手段而实现主体圆满、人性获得尊严的终极哲学命题,它以哲学的意义诠释了民法的终极目标。时代的不同也决定了民法法典化的价值取向有所不同。19世纪欧洲大陆的法典化运动大多渗透着浓厚的理性主义的自然法、资产阶级自由主义的哲学和政治思想,其典型代表是《法国民法典》。《法国民法典》体现“个人最大限度的自由,法律最小限度的干涉”,在价值取向上,其无疑是个人权利本位的典范。伴随着20世纪资本主义由分散的自由经济向大规模垄断经济的发展,《德国民法典》则贯彻了近代西方社会确立的民事立法的一般原则,在价值取向上采个人本位兼顾社会倾向,明确规定法人是民事权利的主体,意思自由开始受到限制,规定过错责任和无过错责任并存。个人本位社会化的《日本民法典》补立了“公共福利原则”、“诚实信义原则”等,表明所有权无限制原则和契约自由原则已发生一些变化^{[21]2-3}。“新中国民法沉浮跌宕,历经变迁。《民法通则》功不可灭,它主要是从个人、社会而非国家的角度选取价值定位。马克思继承了公私法划分的传统,区分了私人利益与公共利益,市民社会与政治国家。(市)民法无非是市民社会的法律表现形式,它通过设定民事权利来维持市民社会的秩序。我国市民法或民法当坚守市民即私人或私主体权利本位。”^{[21]3}因此,笔者认为,中国民法

的价值取向具体是指以个体主义为基础的权利本位,最终体现民法的尊重人、善待人的终极价值追求。民法的价值取向可依照传统的哲学二元划分的方法,通过对主体、客体以及主客体关系所体现的内容进行解构,以期为亲属法在价值取向上如何与民法典实现融通这一问题的解决提供一种理论依据。

首先,民法价值取向体现为一种以人为本的个体主义的主体理念。基于人性恶的假定,民法对人性的终极关怀便是性恶主义。性恶主义要求善待人性之恶。由于人性有趋利避害的缺陷,必须对人性给予必要的限制,防范人性之恶。民法便对“恶”通过一系列具体的制度、规则予以防范,将“恶”的负面效应降至最低,乃至完全消除。而善待人性之恶必然要求提倡以人为本的个体主义。个体主义把个人当做看待一切事物和问题的核心和出发点,其蕴含着一整套的道德原则。作为一种道德原则,个体主义强调个人自身就是目的,个人被看做是最终的价值源泉,社会只是达到个人目的的手段,通过自由选择体现出来的个人自治才是最大的善。个体主义的基础是承认个人的自主权和不可侵犯性。个体主义强调个人之间的普遍人格平等,而不问每个人的具体特征。

其次,民法价值取向表现为物尽其用、利尽其宜、行为本座的客体意识。基于理性人的假定,民法对物、利益和行为这三种客体的价值关怀便是确立以物为前提、以利益为中心以及以行为为本座的个体意识。物因其具有可应用性、有效性和稀缺性,不仅是被改造的对象,还应能满足主体的需要,即物尽其用。利益因其是主体对客体之间所存在“某种关系”的一种价值形成,民法不仅保障其所确认的权利能转化为现实的利益,还应解决个体与个体的利益最大化目标的冲突,即利尽其宜。行为因其是民事法律关系的本座,权利必然神圣,主观意思的外部表达必然强调意思自治(特别是契约自由),消极后果必然要求自己责任(或称过错责任)。

最后,民法价值取向体现权利本位的内容观念。基于经济人的假定,为实现个体利益的最大化以及明确相应规则与后果,民法对权利本位的制度关怀便是设置以私权神圣为前提、以契约自由为中介、以过错责任为结果的个体意识。由此确立的近现代民法三大原则(权利不可侵犯、契约自由及过错责任原则)仍为世

界各国民事立法之基础。

因此,从解构主义的意义上来说,无论是民法价值取向的主体理念、客体意识还是其内容观念,都表现为以个体主义为基础的权利本位,最终体现民法的尊重个体、善待个体的终极价值追求。

2. 亲属法价值取向的哲学解构

如前所述,我国亲属法的价值取向在于实现个体幸福与家庭和谐,兼顾“个体主义”和“整体主义”。相比较于民法的价值取向,亲属法的价值取向有一定的差异性。这种差异性表现在以下几方面。

首先,在主体上,亲属法价值取向不但体现了以“个体幸福”为本的个体主义的主体理念,而且兼顾了家庭伦理实体的“整体主义”的主体理念。亲属法也是以人性为基础和出发点的。应当说,人性无善恶,其乃人生而固有的普遍属性,涵盖“人的动物性”和“人的特性”两重性,统摄人的生理需要和精神需要两个层次。亲属法虽以规范“人的动物性”的性禁忌为基础,以规范体现包括情感、意识在内的“人的特性”的性禁忌为最终目的,但其内涵已远非性禁忌本身。对于家庭而言,与人性两重性相对应的是其生物目的和社会目的。家庭的生物目的使得各社会必须禁止近亲之间的乱伦、虐待、遗弃等行为,以防止扰乱家庭关系和破坏家庭和睦,而家庭的社会目的使得各社会必须维持亲属间基本的亲情秩序。人们之所以需要亲属法,很大程度上是一种理性要求,是希望婚姻家庭关系有序、和谐稳定,以增强人们行为的可预期性^{[22]79-80}。因此,亲属法价值取向与民法价值取向相比较,除强调个体主义外,尚需尊重家庭、善待家庭。

其次,在客体上,亲属法价值取向表现为身份先导的利尽其宜的客体意识。在理性人假定的前提下,当夫妻之间的利益出现外部性的时候,特别是在个人理性和家庭理性之间根本对立的情形下,情况就会与市民社会的利尽其宜有所不同。个人理性追求的是个人的成本最小、收益最大,家庭理性追求的是家庭的成本最小、收益最大。这就使得个人理性和家庭理性之间发生冲突。这种冲突最易发生在财产所有权问题上,特别是不动产物权。需要强调的是,夫妻法定财产制的法律选择取决于夫妻身份的

先在性,满足个体需要的物尽其用必然要让位于身份先导的利尽其宜。民法的行为本座理论在亲属法的某些情形下也会不起任何作用。例如,基于夫妻的伦理身份性,除必要存在的日常家事代理权外,夫妻一方在买卖不动产、借贷等重大事项上就有可能出现表见代理,由此产生的责任要具体情况具体分析,并不必然要求自己责任。

最后,在内容上,亲属法价值取向体现家庭本位的内容观念。家庭本位源于家庭自治,而家庭自治又源于个体自治。个体自治之所以正当,是因为其伦理基础在于“道德过失”^①的自己责任。家庭自治是个体自治的联合,是个体自治的自然延伸。家庭自治之所以正当,是因为其伦理基础在于“道德过失”的家庭责任。家庭自治权必然以家庭为本位。我国现行亲属法可谓是汇集东方传统以及西方影响的法律制度,在家庭本位上仍借重中国传统伦理观念上的道德义务,例如《婚姻法》第4条所规定的“夫妻应当互相忠实,互相尊重;家庭成员间应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”。

综上所述,通过对民法价值取向和亲属法价值取向的解构分析,无论是两者的主体理念、客体意识还是其内容观念,共性和个性都是存在的,这为亲属法回归民法典提供价值取向上的整合之可能。

(二) “和而不同”:民法和亲属法在价值取向上的立法建构

近代以来的我国亲属立法深受西方自由平等思潮的影响,其基本精神乃继受欧美以“个体主义”建构的近代法律思想,尤其是人格独立及男女平等的观念。现代亲属法的特质,毋庸置疑地需保障人格平等与发展,以达成社会正义。法律工具理性下的我国现行亲属立法形式及立法精神,也说明了对西方亲属法接受的程度和对中国传统伦理的认同程度。中国传统观念与西方平等自由思想的碰撞,似乎对继受性的亲属法产生了先天性的困境:“……这是我们固有文化的扬弃,固有道德的反叛,与我们的伦常观念,适相背道而驰,水火不能兼容,我们的社会积极地在鼓吹固有道德,维护固有文

① 一种以理性主义哲学为基础的过错学说,主张将过失(过错)解释为行为人具有一种应受道德非难的心理状态。

化,而我们教法律的人呕心吐血的在灌输独立人格观念,二者简直是白刃相接,矛盾一至于斯!”^{[23]54-55}然而,随着我国经济的发展以及教育的普及,西方的个体主义及其权利本位之思想逐渐融入中国社会生活,架构在个体主义下的亲属法也渐为一般民众所理解与接受。现代亲属法的那种先天性矛盾,与民法典的个体主义及其权利本位似乎达到了某种程度的融合,但亲属法在整体主义上仍保持着某种个性。无论是个体主义还是整体主义,亲属法如要在制定民法典过程中谋得一席之地,就应当整合其价值取向,达到与民法典的融通。

1. 亲属法应在个体主义上注重个体幸福,以优化对民法典的共性

因导入个体主义及其权利本位的思想,有可能使亲属关系面临成员间理性的物质计算,从而呈现日趋功利化的现象。在自由主义与个体主义下,“我即宇宙”虽打破了儒家传统伦理观念,但又可能陷入个人本位的极度伸张。“父子人格独立,财产独立,父债子可不还,子债父可不管,继承可以抛弃或限制。……家不过是共同生活的处所而已,既无家财,则除各人应负的扶养义务外,各人过各人的日子,可以漠不相关。”^{[23]55}试问:这样以市场经济功利主义为主导的倾向,再以现代继承法配合亲属法,这是便于切割父母财产或夫妻财产,还是有利于维系家庭情感?因此,我国在制定民法典时,应当将亲属法价值取向之一的“个体幸福”加以强调,既要导入个体主义和权利本位,又要明确其界限,对个体主义及权利本位加以适当改造。

其一,重塑亲属法规范的权利定位。在亲属法规范的权利定位上,去寻求一种超越“义务本位”和“权利本位”这两种定位,确立“以权利为基础的家庭本位”^①,是否可能呢?家庭概念的重建,应是成员具有情感、平等、自治、尊严的伦理空间,不应再以“义务本位”的狭隘观念来界定,反而应以“权利本位”为内部基础。但是,个体主义如何被安置于共同追求其集体目标的家庭中呢?这种个人与家庭之间的利益冲突是亲属法律制度构建中所不可避免的法理冲突。亲属关系是一种以具有共同伦理目的为本质的社会结合关系,并不同于财产关系着眼于

追求自身交易的利益。亲属关系在本质上具有人伦的情感因素,故亲属法律规范往往存在其内发的伦理秩序,重在维护家庭的稳定与和谐。因此,亲属法应维护个人人格尊严与自由平等,保护私法权利,同时应借重婚姻家庭伦理的义务本质,进而形成“以个人权利为基础的家庭本位”的亲属规范,以实现个人利益与家庭利益之间的衡平。相较于社会公共事务,与个人更加密切的亲属关系,如能以“个人权利的家庭本位”调节当代家庭结构,适度地制约个人权利的扩张,不应当被视为压抑成员人格的发展。

其二,亲属法对于亲属团体的自治空间宜再扩大。亲属之间相互扶助及其生活的规范,实际上系根源于自然的情义与自发的伦理,因此在一个家庭功能正常的亲属团体内部,其权利义务原具有和谐及共识的基础,无需法律的强制达成。亲属之间应关怀并尊重其成员,以维系个人利益,同时成员个人则应认同以家庭为单位的亲属团体,共同营造家庭的和谐与稳定。因此,亲属法对于亲属间的纠纷解决,似可赋予诉讼前及诉讼中更大的自治空间,以适应家庭内部更切合实际的价值调整。概言之,当家庭之运作有悖于个人价值与家庭价值衡平时,即构成国家依法介入或干涉的原因。

2. 亲属法应在整体主义上注重家庭和谐,以实现民法典的个性

在我国过去“君臣父子”的身份制度下,家庭中个人不会有独立的地位,个人权利观念当然无从产生。这样的亲属规范乃是以义务为本位的法律。工业革命之后,由于城市化以及生产消费型态的改变,使家庭之组织缩小,由夫负责出外赚取“面包”,而妻在家操持家务并照顾子女。“这种由夫妻及其婚生未成年子女所组成的核心家庭的生活形态,是最能适应工业社会需求的经济生活基本单位”^{[24]863},因此渐渐成为众所偏好之家庭组织。核心家庭的兴起,使得家庭沦为公司、企业的“宿舍单位”。现代家庭制度的衰落无疑主要是由于工业革命的影响,家庭制度衰落起源于个体主义的理论^{[25]127}。家庭大部分的教育、生产等传统功能,不是被国家所垄断,便是为市场所压抑。即便“男女工作平等”这样的概念,也无法判别究竟为家庭

① 王伯琦指出,“西洋法律由义务本位进至权利本位,再由权利本位进至社会本位”,“所谓社会本位的法律,不过是权利本位法律的调整。它的基础还是权利,仅是有目的的予以限制而已”。参见王伯琦《近代法律思潮与中国固有文化》,北京:清华大学出版社2004年版,第63、65页。

服务,还是为资本市场服务?哪一项价值更高?试想,核心家庭成为养家糊口的经济单位,少了传统角色的“社会连带”,徒有两性平等权,哪有空间与时间安顿夫妻情感、亲子关系?而这在民法典总则和其他分则那里是无能为力,惟有亲属法能胜任。

亲属法必须矫正现代社会对家庭功能的扭曲。家庭内个人权利的平等本来就与传统家庭价值相抵触,在家庭政策实施过程中,若没有对家庭整体性的考虑便会影响家庭的和谐与稳定。因此,在亲属法的修正方向上,应当坚持三点要求:其一,不应只着重个人的权利、平等、自由以及个人的长进,忽略其所造成家人之间情感的疏离,而应重在人格尊重与发展,同时提升家庭团体精神价值。家庭团体精神价值,并非藉由对成员人格的抑压达成,而系立足于家庭团体认同下的互助关怀。其二,应当纠正家庭财产资本化的倾向,防止家庭成为物质计算单位。其三,发挥次级规范体系^①的作用,确立并强化基层调解组织作为家庭及其成员间关系、纠纷的仲裁者。

综上所述,无论个体幸福还是家庭和谐,亲属法的这两个价值取向虽从表面而言似乎与民法的价值取向毫不搭界,但确实与民法典的个体主义及权利本位达到了某种程度的融合,这种融合点就是亲属法的“以个人权利为基础的家庭本位”。

参考文献:

- [1] 易军《法律行为制度的伦理基础》,载《中国社会科学》2004年第6期。
- [2] 李洪祥《论我国民法典立法之亲属法体系构建的价值取向》,载《社会科学战线》2012年第12期。
- [3] 曹贤信《亲属法的伦理价值取向及其立法对策》,载《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2012年第4期。
- [4] 王利明《民法典体系研究》,北京:中国人民大学出版社2008年版。
- [5] 曹诗权《完善我国婚姻法的立法选择》,载《法律科学》1994年第2期。
- [6] 曹诗权《中国婚姻法的基础性重构》,载《法学研究》1996年第3期。
- [7] 江平《制订民法典的几点宏观思考》,载《政法论坛》

- 1997年第3期。
- [8] 杨大文、马忆南《新中国婚姻家庭法学的发展及我们的思考》,载《中国法学》1998年第6期。
- [9] 麻昌华、覃有土《论我国民法典的体系结构》,载《法学》2004年第2期。
- [10] 巫若枝《三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统》,载《法制与社会发展》2009年第4期。
- [11] 曹贤信《亲属法伦理本质的人性之维——由婚姻法司法解释(三)引发的思考》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2013年第5期。
- [12] 赵万一:《民法的伦理分析》,北京:法律出版社2003年版。
- [13] [(美) 麦克尼尔《新社会契约论——关于现代契约关系的探讨》,雷喜宁、潘勤译,北京:中国政法大学出版社1994年版。
- [14] [(美) 克莱默《理念与公正:心理学、相对主义和政治》,周征环等译,北京:东方出版社1996年版。
- [15] 胡旭晟《解释性的法史学:以中国传统法律文化的研究为侧重点》,北京:中国政法大学出版社2005年版。
- [16] [(法) 阿·布瓦斯泰尔《法国民法典与法哲学》,钟继军译,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》(第2卷),北京:中国法制出版社2001年版。
- [17] 马俊驹《人格和人格权理论讲稿》,北京:法律出版社2009年版。
- [18] [(德) 罗尔夫·克尼佩尔《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,北京:法律出版社2003年版。
- [19] Oliver Wendell Holmes. “The Path of the Law”, Harvard Law Review, Vol. 10, No. 8, 1897.
- [20] [(美) 艾伦·沃森《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,北京:中国法制出版社2005年版。
- [21] 章礼强《民法本位论》,载《西南政法大学年博士学位论文》2004年版。
- [22] 曹贤信《论亲属法的伦理精神》,载《伦理学研究》2013年第2期。
- [23] 王伯琦《近代法律思潮与中国固有文化》,北京:清华大学出版社2004年版。
- [24] E. Nathaniel Gates, Bondage. “Freedom and the Constitution: The New Slavery Scholarship and Its Impact on Law and Legal Historiography”, Cardozo Law Review, Vol. 18, Part II, 1996.
- [25] [(英) 伯特兰·罗素《性爱与婚姻》,文良文化译,北京:中央编译出版社2005年版。

(下转第140页)

^① 它是人的内心信念、社会舆论和风俗习惯维系的社会规范,但它与一般道德规范的抽象性不同,它是通过对特定社会生活情景下人们的一言一行、一举一动的规定而具体体现的道德规范。这种具体性,使道德精神更为具体可感,使主体更具有执行的可操作性,有利于巩固道德的教化作用。

2012. 163. com/2012_bbs/87KT4MB4000506A2. html.
- [12]孙睿诒、陶双宾《身体的征用——一项关于体育与现代性的研究》载《社会学研究》2012年第6期。
- [13]《话题:何可欣丢金自责求原谅:状态不好没用最高难度》2014年1月10日访问,网易评论,http://comment. 2012. 163. com/2012_bbs/888SLN12000506A2. html.
- [14]《话题:新华社杨明:国羽输球又输人 丢人丢到家了!》2014年1月10日访问,网易评论,http://comment. 2012. 163. com/2012_bbs/87Q8NE6H000506A2. html.
- [15]《话题:中国队获境外最佳战绩 刘鹏:年轻人成新生力量》2014年1月10日访问,网易评论,http://comment. 2012. 163. com/2012_bbs/88NQ7I14000506A2. html.
- [16]金光辉《从实用理性传统看中国人的体育价值观》,载《体育与科学》2013年第5期。

Changing or Defending: Public View on Competitive Sports During the Period of Social Transformation of China

—Based on the Analysis of Public Opinions Presented on Net Ease During the 2012 London Olympics

WANG Bin, WU Lin-yin

(School of Physical Education, Central China Normal University, Wuhan 430079, China)

Abstract: Public view on competitive sports is widely noticed but still lacks of systematically empirical analysis. Previous studies are mostly ideological thoughts which failed to interpret the complexity of its specific manifestation. This paper focuses on the public opinions presented on Net Ease during the 2012 London Olympics. Via some typical cases, systematic analysis is developed from careful researches on the relationship between state and competitive sports, achievement and competitive sports, competitive sports and popular sports, and sportsmanship in competitive sports. This study finds that contemporary public view on competitive sports in China shows a coexistence of “duality”—the static mixture of “tradition” and “modernity” and “transition”—the dynamic transformation from “tradition” to “modernity”. What form the situation are miscellaneous profound social mechanism and cultural concepts during the period of social transformation.

Key words: period of social transformation; the public; view on competitive sports

责任编辑 吴兰丽

(上接第43页)

On Value Orientations of Family Law in Drafting the Civil Code

CAO Xian-xin

(Postdoctoral Research Station of Law, Jilin University, Changchun 130012, China)

Abstract: Whether family Law can become part of Civil Code depends greatly on its value orientations. “Return theory” or “Independent theory” has not solved the substantive problem of value orientations which is to achieve individual happiness and family harmony. The ethical natures of family law do not affect its “return” to Civil Code. Family law should focus on the individualism of individual happiness to emphasize the commonalities of the Civil Code and on the holism of family harmony to achieve the personality of the Civil Code. The “individual rights based on family” is the intersection of value orientations between family law and Civil Code.

Key words: value judgments; value orientations; ethical nature; individualism; holism

责任编辑 胡章成