

中国法学文库



Shehui xhuanxingqi minshangfa de re dian wenti yanjiu

社会转型期民商法的 热点问题研究

赵 莹◎著



中国出版集团



世界图书出版公司

中国法学文库



Shehui xhuanxingqi minshangfa de redian wenti yanjiu

社会转型期民商法的 热点问题研究

赵 莹◎著

中国出版集团
世界图书出版公司
广州·上海·西安·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

社会转型期民商法的热点问题研究 / 赵莹著. — 广州: 世界图书出版广东有限公司, 2014.1

ISBN 978-7-5100-7308-3

I. ① 社… II. ① 赵… III. ① 民法—研究—中国
② 商法—研究—中国 IV. ① D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 321617 号



社会转型期民商法的热点问题研究

责任编辑 孔令钢

出版发行 世界图书出版广东有限公司

地 址 广州市新港西路大江冲 25 号

[http:// www.gdst.com.cn](http://www.gdst.com.cn)

印 刷 北京天正元印务有限公司

规 格 710mm × 1000mm 1/16

印 张 13.5

字 数 260 千

版 次 2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5100-7308-3/D · 0081

定 价 40.00 元

版权所有, 翻版必究

前 言

本书收集整理了笔者自 2011 年读博以来所写的文章，其算作是对 10 年大学法学学习的一个总结吧。本书涉及民商法的各个热点问题，包括 2010 年《最高人民法院关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释（三）》）出台所涉及的离婚时按揭房的分割与处理问题、2011 年温州爆发的民间借贷问题、2012 年年初在集体建设用地上建公租房的问题以及正在制定的人格权法问题等。

笔者对法学研究的兴趣始于 2008 年在中南财经政法大学攻读民商法硕士之时，民商法学作为中南财经政法大学全国重点学科，在吴汉东教授和陈小君教授的带领之下，师资力量强大，图书资源丰富，为学术研究打造了一个良好的研习氛围。笔者有幸成为民商法专业的一名学生，得以在各位老师如沐春风般的教导下茁壮成长，虽然学艺不精，但在各位老师的引领之下开始了对民商法热点问题的研究。

读博之后由于民商法基础理论的重要性以及对于选题的迷茫，因此从民商法的基础理论开始对各个基本法的学习，撰写了与本学科有关的当今社会爆发的热点法律问题。虽然不符合法学研究需越研越深的道理，但始终是兴味盎然，在对民商法的各个热点问题进行研究之后，最终选择了自己最感兴趣的民间借贷问题作为博士论文的选题方向。

本书题目选择“社会转型期民商法的热点问题研究”实乃大言不惭，但总结读博以来所写文章，的确皆与当今社会爆发的热点问题有关，所以收集整理这些文章，更多的是给自己的博士生活一个交代吧。

自笔者 2004 年开始学习法学以来，10 年间中国发生了巨大的变化，中国特色社会主义法律体系已经基本完成。国家经济、政治、文化、社会生活的各个方面基本做到有法可依，为依法治国，建设社会主义法治国家，实现国家长治久安提供了有力的法制保障。中国民法典在分步骤、分阶段的制定之中，《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）于 2007 年 10 月 1 日开始施行，《中华人民共和国

侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）于2010年7月1日开始施行，2011年8月13日《婚姻法解释（三）》开始施行，以及现在正在探讨的人格权法的立法问题，均证明中国民商法的发展更上了一个新台阶。

孟德斯鸠说过：“在民法慈母般的眼里，每一个个人都是一个国家。”因此与公法不同，处于私法核心地位的民法关注的是公民个体自由和尊严的保障，民法推崇权利平等，将个人的权利保障视为社会的最高价值。当今我们社会爆发的法律热点问题，都需要我们进行深入的研究和探讨，即使学术能力有限，这也是作为一名法学人义不容辞的义务。

继“十七大”报告后，“十八大”报告中再次论及“生态文明”，并将其提到更高的战略层面。建设生态文明，是关系人民福祉、关乎民族未来的长远大计。面对资源约束趋紧，环境污染严重、生态系统退化的严重形势，把生态文明放在突出地位，融入经济、政治、文化、社会建设各个方面和全过程，体现了尊重自然、顺应自然和保护自然的理念。“生态侵权民事责任的认定与处理”完成于2011年5月，面对《侵权责任法》只规定了污染环境侵权的民事责任之现实，本节重点探讨了环境侵权应当包括污染型环境侵权和生态型环境侵权两种，以及生态型环境侵权的民事责任应当如何认定与处理等问题。

于2011年8月13日正式施行的《婚姻法解释（三）》对现实生活中比较尖锐的“小三”问题、“房子”问题均施以法律手段进行调整。但自从其施行之后，大家对其内容规定议论纷纷，讨论不断，虽然其规定的夫妻财产制内容十分丰富，但是需要探讨的问题也很多。其中离婚时按揭房屋的认定与分割在审判实践中成了最难处理的焦点，因此“论夫妻离婚时按揭房的认定与分割”一节对《婚姻法解释（三）》中关于夫妻按揭房的分割与认定问题进行了探讨，希望能为中国的立法事业做出一定的贡献。

当今社会农村土地流转仍是社会热点。2012年年初在全国国土资源会议上，国土资源部批准了北京和上海可以开展在集体建设用地上建设公租房试点。这可以称得上是增加农民收入和缓解中国城市用地相对紧缺的一个新型试点，意义重大。但其背后存在的一些问题也值得我们深思，比如这一模式的合法性与合理性问题，如何平衡政府、集体经济组织与农民的利益等。“在集体建设用地上建公租房问题研究”一节对国家此举的合理性和合法性进行了分析，并提出了些许建议。

从2011年温州“老板跑路”至2013年的陕西神木民间借贷高利贷崩盘，民间

借贷问题始终是当今社会的法律热点问题。“中国企业间借贷合法化的法律保障机制探讨”和“中国商事民间借贷的立法体系建构”两节均针对中国的民间借贷问题进行了详细而深入的探讨。

就目前来讲，书中所写热点问题大多数并未得到妥善解决，比如公众人物隐私权保护问题、农村土地流转问题以及民间借贷问题等。所以笔者希望此书再次提起这些问题能够引起更多专家学者以及法学爱好者的关注和研究。这也算作此书出版的一点意义所在。

需要说明的是，书中论文由于学术水平的有限以及收集资料的局限，可能导致问题的解决具有一定的滞后性，随着时间流逝，也许会愈加凸显其局限性，还望读者能够谅解。笔者只能承诺在以后的日子里决不放弃对法学问题的研究，将会在各个方面逐渐完善自我，以一生奉献法学。

目 录

第一章 民法基础理论问题研究	001
一、自然人在民法中地位的历史考察	001
二、自然人在中国民法中地位的现实与困境	007
三、自然人在中国民法中应有地位的实现	009
四、结 语	012
第二章 物权法热点问题研究	013
第一节 集体土地征收补偿法律制度比较研究	013
一、问题的提出	013
二、域外经验：其他国家土地征收补偿法律制度	014
三、借鉴与启示：中国集体土地征收补偿制度的完善	017
第二节 在集体建设用地上建公租房问题研究	022
一、集体建设用地上建公租房的背景及意义	023
二、在集体建设用地上建公租房的主要问题分析	027
三、对在集体建设用地上建公租房的建议	031
四、结 语	032
第三节 论商事留置权的适用——以《物权法》第二百三十一条为基础	032
一、商事留置权制度的法律规定及问题	033
二、商事留置权制度中的权利义务主体	034
三、商事留置权所担保债权与留置物的牵连关系	035
四、结 语	037

第三章 侵权责任法热点问题研究	039
第一节 纯粹经济损失制度在中国法上的建构	039
一、纯粹经济损失制度概述	039
二、纯粹经济损失制度背后之法理	041
三、纯粹经济损失制度之中国法上建构	042
第二节 生态侵权民事责任的认定与处理	044
一、生态型环境侵权概述	044
二、生态型环境侵权的研究现状	050
三、生态型环境侵权在《侵权责任法》中的归位	054
四、生态型环境侵权民事责任的体系	066
五、结 语	078
第三节 环境侵权损害赔偿责任的社会化研究	079
一、环境侵权损害赔偿社会化的社会背景	080
二、环境侵权损害赔偿责任归责原则的演化	081
三、环境侵权损害赔偿责任社会化	082
四、结 语	084
第四节 房屋倒塌致损民事责任研究	085
一、房屋倒塌致损概述	085
二、房屋倒塌致损民事法律关系分析	090
三、中国房屋倒塌侵权责任制度分析	096
四、中国房屋倒塌致损相关立法	102
五、中国房屋倒塌致损立法的完善	105
第四章 人格权法的新发展	108
一、公众人物隐私权与公众知情权之冲突解决机制问题的提出	108
二、公众人物隐私权与公众知情权之关系理论分析	109
三、公众人物隐私权与公众知情权冲突之比较法考察	111
四、中国公众人物隐私权与公众知情权冲突之建议	114

第五章 婚姻法热点问题研究	117
第一节 论夫妻离婚时按揭房的认定与分割	117
一、问题的提出：以一起案例为切入点	117
二、按揭房屋的性质	119
三、对离婚时按揭房屋及其增值分割的问题分析	122
四、结 语	125
第二节 侵害监护权的行为及民事责任研究	126
一、问题的提起	126
二、监护权性质的界定	127
三、侵害监护权的行为	130
四、监护权损害赔偿的主体	134
五、侵害监护权的民事责任	136
第六章 商法热点问题研究	141
第一节 中国民间借贷的概述	141
一、民间借贷的概念与属性	141
二、民间借贷爆发的原因分析	143
三、民间借贷的特征	148
四、民间借贷的积极与消极作用分析	151
五、中国民间借贷行为的类型	153
第二节 中国企业间借贷合法化的法律保障机制探讨	158
一、中国企业间借贷合法化的现实困境之考察	158
二、中国企业间借贷合法化的现实基础和法律依据	161
三、中国企业间借贷合法化的法律保障之路径选择	167
四、结 语	171
第三节 中国商事民间借贷的立法体系建构	172
一、问题的提出	172
二、商事民间借贷的法律界定	174
三、其他国家与地区商事民间借贷的立法经验借鉴及启示	177

四、中国商事民间借贷的立法选择	180
第四节 论食品企业的社会责任	184
一、食品企业社会责任基本概述	185
二、食品企业社会责任的现状与责任分析	190
三、食品企业对消费者履行社会责任的出路	195
四、结 语	202
后 记	204

第一章 民法基础理论问题研究

民事主体制度是民法的基本制度之一,是民法其他制度全面展开的前提和基础,其经历了一个由单纯自然人到自然人和法人二元主体再到主体多元化的过程,呈现由“人可非人”到“非人可人”的趋势。在这一过程中,自然人一方面被普遍赋予民事主体资格,成为现实生活中绝大多数民事法律关系的参加者,另一方面随着近代民法价值赖以存在的平等性和互换性的丧失,自然人之间的平等状态被打破,自然人和法人之间的平等地位根本无法在现实中得到实现,人面临着被自己创造的制度吞噬的可能。传统民事主体制度中的抽象人格理论与理性人标准一方面奠定了民法的私法基础,另一方面也抹杀了主体之间的差异与不平等的现实状况,忽视了自然人与法人的本质差异。为了突显人本价值,避免人的不断异化,中国民法典的制定应将人的保护确立为民法的指导思想,针对自然人与其他主体的不同区别立法,在贯彻抽象人格的基础上进行合乎人文主义的具体人格类型化。

一、自然人在民法中地位的历史考察

(一) 罗马法中的“人”

民法并不是从来就赋予一切民事主体平等的法律地位,在近代民法出现以前的相当长时间里,民事规范中呈现的“人”只是处于身份制束缚下的不独立不自由的人。在罗马法中,人分等级,不同等级的人拥有不同公权和私权。而人格(caput)概念正是用来区分罗马帝国众多人种和种族的工具,只有享有人格的人才是法律上的人。罗马法通过这一原本有着“面具”含义的概念实现对不同人的区分,构成法律调节对象的标准。罗马法中人格的内容包括自由权、市民权和家族权。自由权是作为自由人所必须具备的基本权利,因此享有自由权的是自由人,不享有自由权的就是奴隶。市民权类似于今天的公民权,是专属于罗马市民享有的权利。家族权是家族团体中的成员在家族关系中所处的地位和享有的权利,其中罗马法根据人在家庭中的地位



不同,把人分为自权人和他权人(受家父权、夫权、买主权支配的人叫做他权人)。罗马法中自然人只有具有人格才能成为法律上的人,享有权利和承担义务。由上可见罗马法中的人格并不是普遍赋予一切自然人,不享有自由权、市民权和家族权的生物意义上的人并不成为法律上的人。即便曾经拥有人格的人,也会因为人格内容的丧失或取得而发生人格变更,罗马法上的人格因此具有强烈的等级性和身份性。

罗马法中人格制度的基本价值“在于区分自然人不同的社会地位”,是“一种一些人压迫另一些人的法律技术工具”。罗马私法中真正的法律主体只是家父,奴隶始终处于权利客体的地位,而家子等则处在类似权利客体的地位,在家父权力的支配下,视特定的情形才拥有有限的权利。

由此,我们可以看出:在罗马法中,自然人不都是民事法律主体,只有具有人格的自然人,才能够具有享有民事权利、承担民事义务资格。

(二) 近代民法中的“人”

近代民法一般指 19 世纪资产阶级革命以来的民法,从整体来看,近代民法完全否定了身份社会的不平等身份以及权利状况,在法律上宣布一切自然人的人格一律平等^[1]。在罗马法中,自然人本身并不意味着都具有人格,近代民法赋予了所有自然存在的有血有肉的人私法主体的地位,使其成为权利和义务的主体,具有法律人格。这种转变的背后不仅是法律技术上的进步,更含有对人尊严的尊重和呵护。1804 年《法国民法典》在立法上明确肯定“人为人”的思想,身份被打破,“一切法国人都享有民事权利”。《法国民法典》在启蒙思想的影响和高度革命热情推动下,完成了人与人平等间的伟大一跃,确立了自然人人格平等的原则,出身、性别、政治地位、家庭身份等因素不再成为对人格进行等级化区分的标准。受古典自然法学说和理性主义思潮的影响,一方面《法国民法典》赋予了所有自然人民事主体地位,另一方面在对民事主体的规定上,只承认作为个人存在的“自然人”,拒绝在立法中承认团体的法律地位,担心其将侵害个人的意思自由和直接存在范围。“无论天赋人权观念还是理性主义,都使之为基础的法律以个人为出发点,并由此确立个人主义主体制度。”^[2]在《法国民法典》中,人格的基础在于自然法上的人的伦理价值,而在自然法上,人的伦理价值系以人的理性属性为条件。由于只有个人才具有这种理性属性,所以在《法国民法典》中个人乃是唯一的人格体。这种以理性作为人格

[1] 之所以加限定语,是因为在性别等领域,近代民法并没有实现完全意义上的平等。

[2] 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社 2001 年版,第 207 页。

基础的法律技术是该法典之所以形成人格一元化模式的原因。在《法国民法典》中，人乃自然人的同义语，单个自然人是唯一的权利主体，一切民事关系不外是单个自然人之间权利和义务的牵涉，自然人的集合体（如公司和劳工团体）不能成为民事关系的主体。虽然近代随着商事活动团体的发展，法国在其后面制定的商法典中确立了团体的主体地位，民法典因此得到修正，但整个民法典，仍是以个人的主体性为价值基础的。^[1]《法国民法典》也因此被认为是最具人文主义的民法典。

与此不同，在近一个世纪后制定的以潘得克吞体系声名远播的《德国民法典》中，民事主体的存在却是基于一种实定法上的命令。^[2]对古典自然法学说方法论的批判和对先验哲学思想、绝对概念理性的推崇都促使《德国民法典》形成了不同于《法国民法典》的立法理念与模式。在革命激情沉淀后，德国潘得克吞学派强调实定法的系统化、抽象化、逻辑性和自足性。憧憬构建一部只要按下适当概念的“键钮”，就能在法律的逻辑体系中得到相应的法律规则或判决的法典。这种对概念逻辑的强调，使得伦理上人成为法律上人的原因不能仅停留在伦理人的程度上，人成为法律上的人，还必须在实定法上得到确认。这种法律上的确认在德国民法上表现为“权利能力”（对法律上权利享有和义务承担的能力）的规定。这种逻辑为：人之所以成为民事主体是因为其有权利能力，而其之所以拥有权利能力是因为《德国民法典》第1条规定了“人的权利能力始于出生的完成”。这种对法律逻辑和概念的极端推崇使得判断是否具有法律人格的依据相应地从法国民法上“人的理性”演变为德国民法中的“权利能力”规定。民事主体的实质基础从自然法向实定法转化。从此，人的伦理属性，至少在法律技术的层面，被这个实定法的概念所掩盖了。在这个逻辑自足的法律帝国中，人之所以能成为法律主体就是因为有着法律的规定。

可以看出德国民法中对于民事主体的着眼点已经不再是基于身份（罗马法），也不是所有人共同具备的理性《法国民法典》，而是一种基于法律上规定的权利能力。在具有权利能力这一点上，自然人和一个社团或一笔基金（基金会或财团）并无不同。^[3]其均可以因为具有法律的规定性而成为主体。基于经济发展的需要和法人所拥有的巨大经济组织作用，《德国民法典》中首次承认法人的主体地位，这种以命令取代理性基础的人格准入，为法人成为法律主体创造了条件。于是，“人”，

[1] 龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第183页。

[2] 参见马骏驹：《人与人格分离技术的形成、发展与变迁——兼论德国民法中的权利能力》，载《现代法学》2006年第4期。

[3] 赵晓力：《民法传统经典文本中“人”的观念》，载《北大法律评论》1998年第1卷第1辑。



这个本来具有主体色彩的概念正式在《德国民法典》中成为法律主体的代称，其不仅包括了自然人，还包括了法人，法律的技术性规定取代了人文主义理想。自然人和法人二元主体制度正式在民法典中得以确认。民事主体的生物学属性在这里开始淡化。

同样值得考察的是近代民法中的标准人像。尽管德国民法强调法典逻辑的自足性，但其并没有对自然法学倡导的基本价值观念予以否定，即其虽然反对自然法学说的“自然状态”之假设前提和演绎方法，但其对自然法学说所倡导的“理性、自由、尊严”却是十分赞同的。受此影响，近代民法中的主体被构建成“一个理性的人，一个符合经济人标准的人”的形象，其理想人格是完全行为能力人，人们能够指望他们具有足够的业务能力和判断能力，在契约自由、营业自由和竞争自由的环境中理智地活动并避免损失。这种人像不但符合当时人们在哲学上对自身的认识，而且有利于商业的发展，使交易变得可预期。因此近代民法上的人（民事主体），不仅在外延上已经包括了“法人”，而且在内涵上与自然人也有了明显的不同。自然人只有具备了相应的条件才可能被法律认可为自然人，而具有民事主体的地位。人必须通过“手术”才能被改造为法律上的人——法律主体，这种改造通过：①切断情感并纯化意志而使人符合理性标准。因为只有通过理性为自己的行为立法才具有得到承认和执行的道德基础。②区分“经验的”和“思维的”，使人灵魂出壳，成为真正的理性人。^[1]人通过此种区分，将一个抽象的思辨的人树立于民法之中，从而方便贯彻理性，并用“理性人”的标准将人在法律上统一起来，因此，现实世界中的人，无论男女老少，都是一样的法律上的人格人，他们都具有明了自身利益的可能性，民法只要提供最为基础的形式平等，尊重当事人的意思自治就能够保证最大程度的实质正义。民法典不用知晓农民、手工业者、制造业者、企业家、劳动者之间的区别，因为私法中的人就是作为被抽象掉了各种能力和财力的抽象的个人而存在的。^[2]社会生活中千差万别的民事主体因此简单化了，高度地划一了。^[3]星野英一在其名著《私法中的人》中把近代私法中人的地位归纳为如下几点：“承认所有人的法律人格完全平等”，由此所肯定的法律人格虽是“可由自身意思自由地成为与自己有关的私法关系的立法者”，但它却是不考虑知识、社会及经济方面力量之差

[1] 李永军：《民法上的人及其理性基础》，载《法学研究》2005年第5期。

[2] 参见[日]星野英一：《私法中的人》，王闯译，载《民商法论丛》第8卷，法律出版社1997年版，第168页。

[3] 梁慧星：《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》，载《中外法学》1997年第2期。

异的抽象性的人；并且其背后的是“在理性和意思方面强而智的人像”。^[1]

由上我们可以看出：近代民法中所有自然人均获得了作为民事主体的资格，同时随着经济的发展，“法人”这一不具有自然人属性的团体也获得了民事主体资格，“非人可人”的阶段正式开始。这一方面意味着自然人有机会更好地利用制度文明实现自身利益，同时也意味着自然人绝对主体、唯一主体地位的终结。此外理性经济人成为了近代民法中人的标准，对理性的绝对推崇使得人们认为人人都能基于理性而明了和选择自身利益的最大化。自然人之间和自然人与法人之间现实的差异被忽略，抽象人格被确立了。

（三）现代民法中的“人”

现代民法是指近代民法在 20 世纪的延续和发展，可以说是现代社会的近代民法。^[2]与 19 世纪民法在政治上相对稳定和经济上平稳发展的背景相比，20 世纪民法恰好处在一个极度动荡的、急剧变化的、各种矛盾冲突空前激化和各种严重社会问题层出不穷的极不稳定的世纪。在这段时期两极分化、贫富悬殊、劳动者与企业主的对立、生产者与消费者的对立，以及企业事故、交通事故、环境污染、缺陷产品致损等各种严重社会问题相继出现。规模浩大的民主运动、民权运动、女权运动、消费者运动、环境保护运动也到处兴起。法院面临许许多多新的问题和新型案件，法官、学者和立法者不得不改变法学思想，探求解决问题的途径，这种努力最终促成了民法制度和民法思想的变迁，近代民法发展演变为现代民法。^[3]梁慧星教授把现代民法的基本特征概括为以下两个方面：①平等性与互换性的丧失，出现了严重的两极分化和对立，主要表现为企业主与劳动者的对立、生产者与消费者的对立。劳动者和消费者成为社会生活中的弱者。经济地位和实力对比悬殊，实质上的平等无法单纯通过契约自由得以实现。②实质正义成为现代民法理念，社会妥当性成为民法的价值取向。建立在平等性和互换性上的形式正义，因为基础的丧失，使得关注和强调实质正义成为主旋律。基于对实质正义的追求，学说和判例创立了各种新的理论和判例规则，例如情事变更原则、公序良俗原则等。法院和社会开始关注每一个判决所产生的社会效果。

[1] [日]星野英一：《私法中的人》，王闯译，载《民商法论丛》第 8 卷，法律出版社 1997 年版，第 155 页。

[2] 梁慧星：《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》，载《中外法学》1997 年第 2 期。

[3] 参见梁慧星：《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》，载《中外法学》1997 年第 2 期。



1. 现代民法中的“人”——由抽象人格向具体人格转变

如果说,近代社会因为抽象人格给自然人带来了平等的主体资格,并由此促进了社会的进步和发展,那么在现代社会中,“弱而愚”的人应该得到重视的呼喊却是不绝于耳。正视现实中的不平等,而非简单认识窝藏在面具后的人成为必须。里佩尔在《职业民法》一书中写道:“我们必须给法律上的抽象人(例如所有权人、债权人、债务人)以及为进行论证而架空了的人(例如甲、乙)穿上西服和工作服……”其原因正是“人”与“人”之间的差距越拉越大。这种差距突出地表现在孤立的个人与实力强大的组织之间。

这些被“穿上衣服”的人,一种被想象为弱者,如需要法律扶助、关切的消费者和劳动者。另一种则被法律想象为强者,如大公司、大企业以及企业集团。相应的立法在各国也逐渐出现,如保护消费者权益的消费者权益保护法、保护劳动者利益的劳动法、保护市场竞争的反垄断法等。由此,消费者和劳动者这两类人的具体人格在法律上确立,消费者和劳动者的特殊身份被法律认可,身份的法律意义突显出来。民法人开始区分为消费者/生产者、劳动者/雇佣者的二元模式。^[1]但这种区分远没有达到罗马法身份区分的程度,其区分的出发点也根本不同:罗马法的区分人格是为了保护强者的利益,使得只有少部分人能拥有这种民事主体的资格,是“一种一些人压迫另一些人的法律技术工具”。而后者的区分是为了保护弱者的利益,使得其不会在形式平等的口号与面罩下苦守不当的制度设计。

由此,我们可以得出的基本结论是,抽象人格有利于给每一个人以权利主体的资格,但在平等性和互换性丧失的今天,还绝对坚守抽象人格、无视具体主体的现实能力和地位会在无形之中带来不公正。社会的发展需要立法对此做出反应。具体人格的勾勒绝不是身份制度的死灰复燃,而是正义呼唤下的区别对待。

2. 三个“有限”取代三个“完全”给民法主体人像带来的冲击

我们知道近代民法人像以“理性的经济人”为标准,在这种理论假设中,人有完全的理性和完全的意志力实现完全的自利(简称“三个完全”)。他以追求私人最大经济利益为唯一目的,并按照经济原则活动,这种活动在无形的手——分工基础上的市场和竞争的指引下有益于社会的发展和财富的增长。传统民法正是在这种理论的影响下贯彻“私法自治”,并把它当做民法的核心价值,民事法律行为成为自己为自己立法的工具,并由此获得“契约必须履行”的伦理依据。这种理论假设

[1] 谢鸿飞:《现代民法中的“人”》,载《北大法律评论》第3卷第2辑。

给资本主义的发展带来了蓬勃生机,并给予了人最大限度的表面自由。但现代行为经济研究表明,现实生活中的人并不具备“三个完全”特征。人始终是有限理性、有限意志力和有限自利的(简称“三个有限”)。^[1]启蒙运动中对人理性的弘扬和把人拯救于神之阴影下的功绩不能成为现实中人为完全理性动物的理由。事实上这种理性的经济人从来没有在现实生活中存在过。行为经济学研究的必然结论是,民法中的常态并非是“强而智”的人。“民法的人不问男女、成年与否,患精神病与否,都是愚而弱的,只是‘弱’与‘愚’的程度有所不同而已……”^[2]那么在此时,如果我们还视之为平等而理性的主体,并为之进行法律设计,无疑与现实脱离、与正义无涉。

至此,我们可以看出,在现代民法中,无论是立法还是理论都开始对民事主体进行具体化梳理,传统民法中关于法律人理性的假设和主体平等、自由的构想受到了来自各方面的质疑。如果我们承认“抽象人格”和“法人”理论是我们组织生活的技术工具和制度文化的话,我们也不得不承认这种技术“弗兰肯斯坦”(Frankenstein)和制度“利维坦”不断地吞噬着它们的制造者:人虽然创造了它们,但再也感觉不到他是它们的创造者和主人,反而成为它们的奴隶,需要服从甚至崇拜它们。这种工具理性的扩张与目的理性萎缩,使理性从解放人的救世主变成了奴役人的恶魔。^[3]总之,人在当下特别需要被给予更多来自人性本源的关注和呵护。民法中“人”的再发现与回归成为现代民法的重要课题。

二、自然人在中国民法中地位的现实与困境

(一)自然人在中国民法中地位的确立

中国民法中自然人民事主体地位的体现经历了一个过程。1986年颁布的《民法通则》对自然人这一民事主体的表述为“公民”(自然人),这种不同于各国民民事主体的表述并非立法者意欲标新立异,实则反映了中国当时对民事主体的认识状况。在社会主义国家,由于长期不承认公私法的划分,自1964年的《苏俄民法典》首次

[1] 参见徐国栋:《民法私法说还能维持多久——行为经济学对时下民法学的潜在影响》,载《法学》2006年第5期。

[2] 徐国栋:《民法私法说还能维持多久——行为经济学对时下民法学的潜在影响》,载《法学》2006年第5期。

[3] 参见赵晓力:《民法传统经典文本中“人”的观念》,载《北大法律评论》1998年第1卷第1辑。