

西南民商學人文庫

主体性的缺失与重构

权利能力研究

周清林 著

法律出版社

西南民商學人文庫

主体性的缺失与重构

权利能力研究

周清林 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

主体性的缺失与重构:权利能力研究/周清林著. —北京:法律出版社,2009.5
(西南民商学人文库)
ISBN 978-7-5036-9587-2

I. 主… II. 周… III. 权利主体—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 079226 号

主体性的缺失与重构:权利能力研究

周清林 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.375 字数 242 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

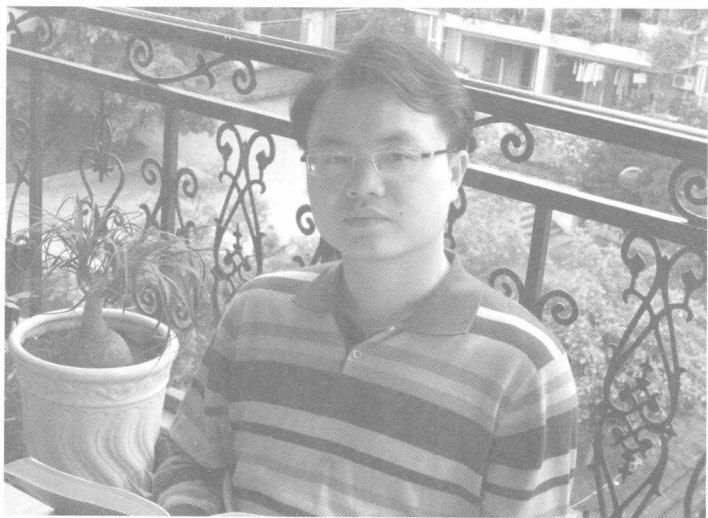
上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9587-2

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



周清林 出生于湖南省涟源市，法学博士，西南政法大学民商法学院讲师，主要从事民法基础理论和制度研究。曾在《北大法律评论》、《学术论坛》、《现代法学》、《法学》和《西南民族大学学报》等刊物上发表文章若干。

让我们一起见证辉煌

西南政法大学民商法学科发展至今已经历了接近 56 个年头,几乎与新中国的法学教育事业同步。西政民商法学科的前身可以追溯到 1953 年 9 月 7 日成立的西南政法学院教务处教研室民法组。1956 年 2 月 15 日在原民法组的基础上成立了西南政法学院民法、民诉法教研室。1977 年 5 月西南政法学院恢复招生后民法教研室成为学校复办后首批成立的教研室,除了将因学校停办而未来得及遣散的教师如金平教授、杨怀英教授、张序九教授等重新聚集起来之外,先后从最高人民法院和北京、四川、贵州等地调回邓大榜、黄名述、聂天凯、李开国等老师,从而初步奠定了民商法学科基本的教师队伍。在金平、杨怀英等学界前辈的不懈努力下,民商法学科的师资队伍不断壮大,从教研室成立初期时的 4 个人,发展到 80 年代末 32 个人,师资结构也有了明显改善,一大批硕士研究生先后充实到教师队伍。并在长期的教学实践中创造出了求真务实的良好学风。1988 年成立法律系时,民法教研室隶属于法律系。1999 年学校在对校内法律教学资源进行调整和整合组建法一系时,民商法学科成为该系的中坚力量,无论是师资队伍还是组织建构都得到进一步充实和完善,民商法学科也被析分民法和商法两个教研室。2003 年 6 月以民商法学科为基础组建了全国第一个民商法学院。在内部机构设置上,在保留原民法教研室和商法教研室的基础上,分别从民法教研室中分出婚姻家庭法与妇女理论教研室,从商法教研室中分出知识产权法教研室,并从民法教研室和商法教研室中各抽掉一部分教师成立了房地产与劳动法教研室,从而奠定了我校民商法学科的现有基本结构布局。

五十多年的风雨兼程,半个多世纪的沧桑更迭,在民商法学科的曲折发展历史中,学科经历了草创——被撤销——复建——积极开拓——

创新发展等几个不同的发展阶段。改革开放之初,本学科在金平教授、杨怀英教授等前辈大德的带领下筚路蓝缕、艰苦创业,创造了我校民商法学科的第一次辉煌。1981年,经国务院批准,本学科获得了全国第一批法学硕士学位授权点,1983年3月至6月承办了首届全国法学专业民法学师资班,佟柔、江平、赵中孚、谢邦宇、林诚毅、关怀、金平、杨怀英等国内知名学者亲执教鞭、传经布道,为全国培养出了改革开放后第一批民法学基本教学科研骨干。在以后的发展过程中,后继者李开国、黄名述、王卫国、尹田、张玉敏、赵万一、陈苇、刘俊等一批中青年骨干殚精竭虑、绍继前贤,继续巩固了本学科在全国的优势地位。1995年,本学科成为四川省首批省级重点学科,重庆直辖后,又被确定为首批市级重点学科。1998年经国家批准,本学科获得博士学位授予权,2004年经国家批准设立民商法博士后流动站。本学科迄今为止已为我国培养了三千余名硕士研究生以上的高级民商法专门人才,其学子遍布神州,延及海外,他们在各自的工作岗位上为我国的法制建设和社会发展做出了卓越贡献。

本学科现有专职教师(不含行政管理和学生管理人员)76名,其中教授16名,副教授28名。拥有1个重庆市人文社会科学重点研究基地,7个校级科研机构,1个国家级人才培养模式创新实验区(复合型知识产权应用人才培养模式创新实验区),4门重庆市精品课程。本学科长期专注于民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法、劳动与社会保障法、房地产法、金融法、医事法等8大方向的教学与研究,先后组织出版了《中国不动产法研究》、《家事法研究》2份学术刊物以及“民商法学博士文库”、“西南知识产权博士文库”2个博士文库。为了弘扬民商法精神,本学科在继续组织出版原有出版物系列的基础上,又推出了这套“西南民商学人文库”、“西南民商法学阶梯”、《民法哲学研究》、《西政民商教授讲演录》等四个学术系列。其中“西南民商学人文库”收录了本学科16名教授和部分副教授的前沿性研究成果,既是对我校民商法学科近几年学术成就的一次集中展示,也是与其他学校同行专家进行切磋和交流的良好平台,相信会对我国民商法学的研究事业和本学科的进步起到巨大推动作用。

II

值得说明的是,本文库的出版得到学校领导和法律出版社的大力支持,特别是法律出版社学术分社编辑刘文科先生和钱小红女士亲临重庆,现场办公,为本文库的编辑出版付出了大量心血,他们的高度敬业精神令人十分钦佩。本文库的出版还得到金平老师、黄名述老师、聂天凯老师、邓宏碧老师、赵勇山老师等诸多离退休前辈和王卫国、尹田等部分外地校友及本学科诸多博士研究生和硕士研究生的大力支持。没有他们的努力和帮助要想出版这样一套较大规模的丛书是完全不可能的。在此我谨代表西政民商法学全体同仁,向为本丛书的出版提供了各种形式帮助的老师、领导、校友和同学表示衷心的感谢。同时也向长期以来关心、支持本学科发展的各位同行专家和各位领导表示诚挚的谢意。我相信在各位专家学者的继续支持下,经过西政同仁坚持不懈的努力,西政民商法学科的明天一定会更加灿烂辉煌!

是为序。

赵万一

2009年5月18日于西南政法大学

献给我至敬的父亲
周贤庄先生和母亲刘葵香女士

自序

这本书是在我博士论文的基础上修改而成的。博士论文的题目本是“权利能力研究——主体哲学的视角”，经斟酌再三，决定以“主体性的缺失与重构：权利能力研究”取代。本来该书还包括“中西语境下的自然人观念”和“中国语境下的权利能力”两部分，考虑到这两部分是在中国本土反思外来的西方法律概念，这对纯粹地研究某个主题而言，联结不是很紧密，思考再三，在修改本书之时忍痛割爱。值此付梓之际，特就本文的写作缘由、主旨及其脉络做一个简要的说明。

本书是对我多年以来看书的一个总结。我是典型的法学科班出身，本科到博士都是法学。被“圈禁”在法学领域多年，总有井底观天之想。一则视域极为有限却又自以为井口即苍宇；另则总想看看井外的世界是否真如井底所想。当我爬到井口，我被发现的景象惊呆了。原来法律这个井口与无垠的大地和广袤的天空完全融合。各种各样的景象纷纭杂陈，令人不知所措。如何在这些令人耳目一新而又相互缠绕的观点之间进行抉择，自由即无外在规范却又要作为一切规范源头的开端必然得以确立。这个开端就是本书所发觉出来的作为民法基础的主体性。在我国民法上，对民法本性的探讨仅强调平等，但遗忘了“平等

主体”这个术语最关键的不是“平等”这个修饰词,而是作为偏正结构之“正”的“主体”。我总是认为,“平等”一词能很快被我们法律学界所立马采用,与传统中国的法家文化背景有着千丝万缕的联系。或者说,几千年的传统文化在骨髓里制约着我们的思维模式。基于这样一个理解,本书的主旨主要就“主体”本身进行探讨,因而认定民法学的根基研究应当从“权利”转向“能力”,所以我选择了“主体性的缺失与重构:权利能力研究”作为我的研究对象。

基础领域的探讨是不具有任何实益的,换句话说,不能带来直接的经济效益或者权力效益。用一句时兴的话语来讲,这样的研究没有任何用处。但这方面的尝试却至为艰难。基础理论的研究总是和其他学科想关联,这样的研究必然是交叉性的研究。本书大量地使用了哲学研究的方法。首先从民法学界忽略或者浅尝辄止的法律关系基础出发,以目前大家所接受的生活世界关系作为法律关系基础的通说作为驿站,援用胡塞尔现象学的方法,追溯出奠定法律关系基础的生活关系的真正根基是主体性。进而从哲学上极为简略地梳理了主体性在哲学上的含义,认定主体性就是“能力”,是自我规范而又自我超越的能力。然后进入决定权利能力概念内涵的德国民法典,侦测到权利能力在德国民法典意义上来自于法律关系理论,而这样的法律关系理论是法典编纂意义上的法律关系理论,因而服从于整个法典的构架。从德国民法典“总一分”结构入手,我们发现德国民法典意义上的法律关系仅仅是分则的概括,或者说仅仅是主体在进入世界后与其他主体相互作用的调整规范。这也就是为何在德国民法典意义上作为法律人格权利能力要以出生为据。这样的权利能力理论不可能承载一般人格权,当然遗忘了人本主义的根基,因而学界多诟病于此。综合哲学上主体性的定性和现有权利能力理论和制度的缺陷,本书提出民法学根基的转向,即应当将我们关注的焦点从“权利”转向“能力”或者说“人格”。转向

“人格”后作为法律关系奠基的主体的主体性首先展现在“消极人格”上。本书提出消极人格才是整个民法学的根基。在此基础上,本书认为“权利能力始于出生”仅仅是积极人格的开始,并依据“开始”这个概念将“消极人格”和“积极人格”联结起来,提出了“权利能力开始”的元问题实际上就是“人格与身体”的关系问题。通过医学和法学的区分,将经典意义的“权利能力始于出生”命题意义限定在“权利享有始于出生”上。基于这样的理论区分,同样认定“权利能力终于死亡”仅仅意味着“权利享有终于死亡”。权利享有之前和终止之后,消极人格都是存在的。最后对法人权利能力进行了探讨,从追溯法国民法典的否认说、萨维尼的拟制说和基尔克的实在论入手,认定组织体的权利能力只能存在于财产领域,仅仅是财产人格,不具有任何伦理属性,因而这个领域的人格不具有消极性,只是积极的人格而已。

本书的第四章对消极人格的论述,将在《民法哲学研究》第一辑和本书一同出版。它和本书第四章不同的地方在于,在该文的第一部分有很大文字上的修正和思路的重新构架。本书能得以出版,特别感谢赵万一教授。赵万一教授对民法理论的深厚兴趣,使得在这样一个极具实用性的学科里研究得以具有良好的氛围,同时也能得到学科的支持。刘云生教授也是我出版此书需要特别感谢的。要不是在吃牛肉面时他的偶然问起,还真没上心这件事情。同样地,他对民法基础理论的功底也让我受益非浅。在文章的校对上,童彬、谢新志、宁日星和欧家路付出了极大的辛劳,在此深表谢忱。

目 录

引言	001
第一章 导论:为民法学奠基的主体	005
第二章 主体的哲学追溯与定性	030
第三章 作为民法主体的权利能力	074
第四章 作为民法基础的主体性:消极人格	098
第五章 从消极人格到积极人格:权利能力“开始”之真意	119
第六章 出生:“权利享有”的开始	139
第七章 权利能力的终止	166
第八章 组织体的权利能力	190
第九章 余论:作为法律基础的无用性	230
参考文献	234
后记	249

引言

从德国民法典的编纂体例来看,人格是启动整部法典的拱顶石。见之于《德国民法典》,开篇第一条即规定“权利能力始于出生的完成”。若只从法典本身内部的逻辑出发,人格等同于权利能力。顺理成章,权利能力作为人格的代名词成了民法学的基础。在德文里,权利能力由“Rechtsfähigkeit”表达。该词乃合成词,由“Recht”和“Fähigkeit”两部分组成。清末以降,这个词语一直被译为“权利能力”,尔后又以“民事”前缀,如今,“民事权利能力”已成为通用术语。根据诠释学的观点,任何翻译都是理解,而理解却只能建立在我们自己的前理解基础上。那么,我们的前理解是否准备了充足的条件去理解这个异域法文化浓缩的精华?从构词法上言,“Recht”是“Fähigkeit”的修饰词,其核心部分理乃“Fähigkeit”,因为修饰后面这个“能力”的还可能是审美、道德、宗教等。当我们审视“Rechtsfähigkeit”时,“Recht”成了全部精力的集中点,作为整个“法律或者权利”基础的“能力”未涉分毫,这可能导致的结果是:我们的民法学并没有在支

撑起西方法律文化的根基上开始。这种背景同时决定着我们对“Recht”一词的理解。在赋意于“Recht”时,我们必定将自己局限在形式理性决定下的法律关系结构里,对比于中国传统社会“义务”本位的定性,将之译为“权利”,然后又意识到这种翻译的片面性,因为权利仅仅是法律关系的一个内容,于是以解释为武器将“权利能力”的含义扩充到包含“义务”。总之,决定我们对“权利能力”概念理解的是形式理性下的“法律关系”。

尽管法律关系是我们认识“权利能力”的架构前提,我们却又认为,只有先具备权利能力才能进入法律关系,亦即,权利能力是法律关系的基础。这种循环式理解,反映了民法学根基的逻辑脆弱性,之所以它难以承受进一步追问之重,缘由在于没有找到真正的第一因:“能力。”要想真正地理解权利能力,进而真正地理解民法学体系结构的基础,我们必须先对“法律关系”与“权利能力”的关系有一个清醒的认识。在法律关系基础的认识上,我们逐渐从阶级关系性质的社会关系领域脱离出来,基本上认定了法律关系的基础是生活关系。但是,正如拉伦茨和梅迪库斯教授等一样,我们最多也只是提及生活关系,却从来都没有对生活关系是什么进行过讨论,更没有仔细论证为什么生活关系是法律关系的基础,但却总是当做一个自明的前提,进而在这个逻辑前设上自信不已地构建法律世界。尽管并没有深入,但是他们却自然地认为作为主体的权利能力是法律关系的基础,如拉伦茨教授所说:私法的第一个基本概念是“权利主体”,第二个才是法律关系。^[1] 不过,生活关系与主体之间关系的论述却鲜有所闻。我们同样仅仅是提出生活关系是法律关系的基础,也没有对主体与生活关系的关系进行探讨。总之,主

[1] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东等译,法律出版社2003年版,第255页。

体、生活关系与法律关系是一个什么样的关系,一直处于晦蔽不明之中。对基础的不甚了了,使得我们很难理解“权利能力”本身的伦理意蕴,自然只能在实证法的法律赋予层面上谈论,目前这个观点仍占据主要市场。殊不知,如果断绝了法律与主体的联系,不但法律将是工具,作为主体的人到头来也只是工具。主体伦理意义基础的缺乏,为人性非人性化的理解埋下了伏笔。正是我们缺乏西方文化深层的精神本原,使得我们仍然把自然人理解为只是依照自然规律出生的人。从自然法到理性法这个过程的演变,根本没有引起我们足够的重视。在没有进行理解的时候,我们总是匆匆地断定这些假设不可能存在,对之嗤之以鼻的同时,自然也就与西方法律的本原擦肩而过。由于我们缺乏进入西方文化深层的想象力,我们总是停留在没有根基支撑的“有用与否”的纯粹实践层面。这种想象力展现在“人格”或者“权利能力”这个概念上。人格自我决定而永恒,这是承袭苏格拉底—柏拉图哲学的理念论与基督教的上帝观念的西方文化内在的精髓。但是,以形式理性作为基础构架起的德国民法典,却把人格观念当做了形式理性下的一颗棋子,从而使得它仅仅是分则各具体法律关系中主体的总称,以至于它无法解释未出生或者死亡后的人格保护问题。我们国家同样存在这样的缺陷。试问,未出生或者死亡后的人格,如果不是主体,按照目前主体即为客体的模式,自然只能是客体,但我们又觉得作为客体不妥。这些难堪表现在对受精卵、出而未生者以及死者的尸体态度上,至于深层次的理论问题几乎未进行探讨。如作为权利能力的“开始”究乃何意?为什么具有自然属性的身体同样神圣不可侵犯?死亡究竟具有什么意义?这些具体问题隐藏的理论 with 现有的法律关系又有什么冲突?在对法人权利能力的讨论里,我们几乎都只是从萨维尼的拟制论与基尔克的实在论的表层出发,从来没有深入地探讨过支撑起拟制论的理论基础在哪,因而,为什么要提出拟制说?基尔克的实在说又是在什么

基础上产生的？这些对我们仍然如履深渊。缺乏这些根本性的支撑点，使得民法学的探讨几乎成了自说自话的飞地，更不要说从私法的精神本原去寻求解答。本文正是基于这些问题意识而展开的。

权利能力是民法的基础概念，是通向西方精神深处的入口。本文采用的方法主要是哲学的方法。思维方式主要由哲学体现出来，而支撑起近代以来的西方思维方式主要是主体哲学。希望能从这个根源性的角度，力求原原本本地理解法律背后的理论，试图摸进他们法律的文化之根，刺穿法律术语的面纱。同时，也在自己占有的资料范围内，尽力探讨这些概念自清末以来在中国生根、发芽、成长以及到现在的定义史，从而考察这两种文化在糅合的同时，存在哪些不同。因此，研究上自然须有历史的和比较的方法。

权利能力是最为基础的法学概念，因为它就是关于“人”的概念，是“人格”。在中国研究这个极具挑战性的题目，实际上展现的是通过民法层面的探讨，透露出中西人格结构在现时代的通融性。一切法律的结构都是在人格结构上展开的，可以说，有什么样的人格就有什么样的法律。本文只是一个尝试性的探讨，由于牵涉的东西确乃博大精深，实为我等之力所不逮，若能引出真正的玉，实乃万幸。敬请各位方家不吝赐教。

导论：为民法学奠基的主体

民法调整的对象是平等主体之间的人身关系和财产关系。民法是这些具有人身性或财产性或者两者兼具的法律关系的总和。倘若对整个民法进行分解,我们所能求得的原子就是各个具体的法律关系。从这个初步的逻辑推断,民事法律关系是民法的基础。可是,民事法律关系却并非自明的民法奠基,因为它还可以继续被拆解为“主体、客体和内容”三要素。那么,法律关系还是否是真正的民法出发点呢?

这需要立基于法律关系进行刨根究底。改革开放后,我国的学者们已经着手这个问题的讨论。佟柔教授在全国第三期法律专业师资进修班当中讲道:“民事法律关系是一种社会关系。在社会主义社会的现实生活中,人们(包括公民和法人)之间随时都发生着大量的具体的社会关系。这些社会关系的某些部分如果被民法调整,从而上升为具有权利义务内容的