

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明

Discussion on  
Civil Code of China

# 中国民法典争鸣

王利明卷



王利明  
著



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明  
执行主编 柳经纬

# 中国民法典争鸣

王利明卷

王利明  
著



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典争鸣. 王利明卷/王利明著. —厦门:厦门大学出版社, 2017. 12  
(中国民法典争鸣系列)

ISBN 978-7-5615-6565-0

I. ①中… II. ①王… III. ①民法-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 151491 号

---

出版人 蒋东明  
策划编辑 施高翔  
责任编辑 甘世恒  
装帧设计 李夏凌  
技术编辑 许克华

---

出版发行 厦门大学出版社  
社址 厦门市软件园二期望海路 39 号  
邮政编码 361008  
总编办 0592-2182177 0592-2181406(传真)  
营销中心 0592-2184458 0592-2181365  
网 址 <http://www.xmupress.com>  
邮 箱 [xmupress@126.com](mailto:xmupress@126.com)  
印 刷 厦门集大印刷厂

---

开本 787mm×1092mm 1/16  
印张 24.25  
字数 532千字  
版次 2017年12月第1版  
印次 2017年12月第1次印刷  
定价 108.00元

---

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社  
微信二维码



厦门大学出版社  
微博二维码

## 总序

民法典被誉为“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法，是保护公民权利的宣言书，也是解决民商事纠纷的基本依据。编纂民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题，保障创新、协调、绿色、开放、共享的“五大发展理念”的落实，推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化，为全面深化改革、全面依法治国、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦奠定坚实的制度基础。

我国民法典编纂始于清末民初对大陆法系国家民法典的继受（移植），标志性的成果是1929年至1931年间颁行的“中华民国民法典”。1949年9月，中国人民政治协商会议第一次会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》明确宣布废除国民党的“六法全书”。从20世纪50年代开始，我国历经四次民法典起草，即50年代中期（1956—1958）、60年代前期（1962—1964）、70年代末至80年代初（1979—1982）以及21世纪之初（2002）。然而，由于社会经济条件不成熟以及理论准备不充分等原因，四次起草均半途而废，民法典成为我国法律体系的一大缺失。2014年10月23日，中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出了“编纂民法典”的立法任务，加快了民法典编纂的进程，这是我国民事立法的一个重要里程碑。

步入21世纪的中国正处在一个重要的历史阶段。我们要制定的民法典是21世纪的民法典，必须要回应21世纪的时代需要，彰显21世纪的时代特征。如果说1804年的《法国民法典》是19世纪风车水磨时代民法典的代表，1900年的《德国民法典》是工业化社会民法典的代表，今天我们要制定的民法典应当成为21世纪互联网、高科技时代的民法典的代表，这样我们就必须充分反映时代精神和时代特征，真正体现法典与时俱进的品格。进入21世纪以来，互联网技术、人工智能、生物技术的发展，全球化的生态环境保护，人类社会面临着前所未有的问题。民法作为社会生活的百科全书，无法回避人类社会发展的新问题。

我们要制定的民法典必须立足于中国国情，向世人展示我们依法治国的新形象 and 我国法制文明的新高度。在全面依法治国的新时期，这部民法典应当吸收我国立法、司法和理论研究的成果，总结法治建设经验，真正成为一部具有中国特色的、屹立于世界民法之林的法典。我们要制定的民法典必须反映改革成

果、推进并引领改革进程。改革开放的伟大实践,创立了一条中国特色社会主义的发展道路,这是一条不同于其他法典化国家或地区的发展道路。民法典作为时代精神和民族精神的立法表达,不能忽视这样一个特殊的社会经济条件。但如何充分反映中国特色社会主义这一社会经济条件,是我们所面临着的前所未有的问题。民法典的编纂,应当凝聚改革的共识,确认改革的成果,为进一步改革提供依据,从而推动改革进程,引领改革发展,实现国家治理体系和治理能力的现代化。

从民法法典化的历史来看,我国民法典编纂所面临的新问题是其他已经法典化的国家或地区所未曾有过的,这也决定了我国民法典编纂问题的复杂性和难度。编纂这样一部民法典,不只是立法机关的任务,也是民法学界的任务。民法典编纂所面临的问题,需要民法学者认真进行深入的研究,积极提供有力的理论支持。成就一部伟大的民法典,是我国民法学界几代人的夙愿。早在20世纪50年代,老一辈民法学者就以极大的热情投入民法典的起草工作。改革开放以来,随着法学教育和学术研究的恢复,民法学者围绕着民商事立法和民法典编纂问题进行了广泛而深入的研究,取得了丰硕的成果,也为民商事立法提供了有力的理论支持。从民法通则到合同法、物权法、继承法、婚姻法(修订)、侵权责任法,从公司法、合伙企业法、个人独资企业法到保险法、证券法、信托法等商事特别法,民法学者都做出了积极的理论贡献。尤其是进入21世纪以来,民法学者围绕着民法典编纂问题,掀起了一波民法典理论研究热潮,民法典研究成为我国民法学乃至新时期法学研究一道亮丽的风景线。

当前,民法典编纂工作正在进行,在许多问题上尚未达成共识,又有许多新的问题尚待研究。民法典编纂仍需全体民法学人持续地努力。值此之际,厦门大学出版社组织出版“中国民法典争鸣系列”丛书,诸位学者将他们多年来民法典研究的心得汇集出版。这对于促进我国民法典的学术研究,无疑具有重要的理论价值。我坚信,无论民法学者的研究成果是否被立法机关所采纳,但其对于推进我国民法典的编纂工作都将起到积极的作用,他们的研究无愧于这个时代。

让我们为编纂一部新时代的民法典而努力奋斗!

中国民法学研究会会长 王利明

2017年5月26日

## 前 言

民法典被誉为“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法，是保护公民权利的宣言书，也是解决民商事纠纷的基本依据。编纂民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题，有利于推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化，为全面深化改革、全面依法治国、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦奠定坚实的制度基础。

市场经济就是法治经济，有无民法典是判断市场经济法律是否健全的重要标志。在市场经济条件下，民法的自愿、平等、公平及诚实信用等原则，以及民法的物权、债权等各项基本制度，都是规范市场经济最基本的法律准则，是市场经济有序运行、健康发展的重要保障。虽然我国已经颁行《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》等重要的民事法律，中国特色社会主义法律体系也已经形成，基本涵盖了社会经济生活的主要方面，但是由于没有民法典，我国民事立法始终缺乏体系性和科学性，不利于充分发挥民法在调整社会生活、保障司法公正等方面的功能。党的十八届四中全会决定提出“编纂民法典”的历史任务，这是完善中国特色社会主义法律体系的重要步骤，对于全面推进依法治国战略进程具有里程碑式的意义。

从立法层面看，法典化就是体系化，由于缺乏民法典，各个民事单行法之间存在一定的冲突和不协调现象。例如，《民法通则》和《合同法》关于欺诈、胁迫属于导致合同无效还是可撤销的事由等规定存在一定的冲突。《物权法》和《担保法》相互之间关于物的担保的规定也极不一致。法官面对相关的纠纷，常常遇到适用法律的困难。尤其需要指出的是，司法解释中的许多规定与我国现行立法规定并不一致。例如，《买卖合同司法解释》关于无权处分合同的效力与《合同法》第51条的规定明显不一致。实践中经常发生一方引用《合同法》而另一方引用司法解释规定的现象，这使法官在适用法律时无所适从。编纂民法典则有利于消除上述不协调现象，增进我国民事立法的体系性。

从司法层面看，分散立法难以为民事活动的当事人和法官提供基本的法律

规则和法律依据。迄今，我国已经颁布了 244 部法律，其中近一半是民商事法律。但并非所有的法律都应该成为裁判民商事案件的依据。在有民法典的国家，法官应该主要依据民法典来处理案件和解决纠纷。而在没有民法典的情况下，法官的找法要么无所适从，要么十分随意。更何况，我国出台许多新的民事法律，都要对之前的许多单行法规则进行修改。据统计，仅《侵权责任法》就修改了 10 多部单行法有关侵权的规定，但因为新出台的法律中并没有明确指出其修改了哪些法律规定，这就给法官准确适用法律带来了很大的困难。在实践中出现的“同案不同判、同法不同解”的现象，许多都是因为法官选择法条和裁判依据不同而引发的。法典化的一个重要优势在于“资讯集中”，如果有了一部民法典，就可以把法律的修改、补充的情况都一览无余地展现出来，从而保障裁判的统一性。

从执法层面看，缺乏整合的民事单行立法造成了许多法律空白，这不利于规范行政权力。在我国，由于没有民法典，许多重要民事关系的调整规则不能通过民事法律的方式表现出来，从而留下了法律调整的空白。这些法律空白一般是通过国务院各部委的规章及地方政府颁布的地方性规章予以填补的，而一些规章难免出现限制公民私权，或者变相扩张行政权的现象。例如，仅房屋租赁一项，就有房屋登记、期房买卖、登记备案、房屋租赁条例等行政法规。而民法典则有利于规范行政权力：一方面，民法典作为基本的民事法律制度，一旦确立了公民的基本民事权利，就同时限定了行政权力的边界；另一方面，民法典的制定，为权力清单的制定确立了法律基础，有利于规范行政权力的行使。制定民法典，有助于制度的科学化，为良法善治奠定基础。

民法典的制定是反映改革成果、推进并引领改革进程的重要举措。迄今的民法典大多是在民族复兴、社会转型、国家崛起的关键阶段被制定出来的，无论是《法国民法典》《德国民法典》，还是《日本民法典》，概莫能外。从历史经验上看，民法典可以有效反映社会变革，及时确认社会变革的成果，有效引领社会发展。民法典是对特定领域社会矛盾进行协调的基本法。在改革进入“深水区”和攻坚阶段后，利益结构发生了深刻变化，其中有不少社会矛盾背后的利益冲突是个人之间的利益冲突，或者是个人利益诉求与公共利益维护之间的不协调，在所有的部门法中间，民法是对这两种利益类型和社会矛盾进行协调的最有效的法律工具。例如，负面清单管理模式就是民法典的私法自治原则的集中体现，需要借助民法典划定负面清单的具体内容，清单以外的区域允许民事主体自由进入。民法典的编纂，将进一步凝聚改革的共识，确认改革的成果，为

进一步改革提供依据，从而推动改革进程，引领改革发展，实现国家治理体系和治理能力的现代化。

民法典是法治现代化的标志，也是法律文化高度发达的体现。在我国，制定一部系统完整的民法典，有助于向世人展示我们依法治国的新形象 and 我国法制文明的新高度。1986年的《民法通则》在反思“文革”惨痛教训的基础上，第一次在法律上明确宣告每个人依法享有人格权，包括生命健康权、名誉权、肖像权、姓名权等权利，并第一次赋予权利人在受害之后的精神损害赔偿请求权。为此，该法在国内外被称为“民事权利的宣言书”“个人人权的护身符”。在这一背景下，《民法通则》本身就成为中国人权保障进步的重大标志，也从立法技术层面标志着我国法治进入了一个新阶段。在全面依法治国的新时期，吸收我国立法、司法和理论研究的成果，总结法治建设经验，制定一部面向21世纪的民法典，使我们的民法典屹立于世界民法之林，向世人展示我国法治建设的重大成就，这本身就具有重要的政治意义。

制定民法典是几代民法学人的期盼和梦想。21世纪以来，伴随着我国民法典编纂的进程，笔者先后撰写了一些学术论文，发表在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等刊物上，它们反映了笔者在不同阶段对我国民法典编纂的思考。应厦门大学出版社的邀请，笔者选取了若干篇汇编成书，以飨读者。“嘤其鸣矣，求其友声”，值本书出版之际，希望本书的观点能够引起广大读者的关注，也希望学界同人不吝赐教与指正。



# 目录



<b>第一编 民法典体系</b>	1
民法的人文关怀	3
负面清单管理模式与私法自治	22
全面深化改革中的民法典编纂	36
民法典的时代特征和编纂步骤	52
<b>第二编 民法总则</b>	65
民商合一体例下我国民法典总则的制定	67
何谓根据宪法制定民法?	78
论习惯作为民法渊源	92
<b>第三编 人格权法编</b>	107
人格权的积极确权模式探讨	
——兼论人格权法与侵权责任法之关系	109
论民法总则不宜全面规定人格权制度	
——兼论人格权独立成编	126
独立成编的人格权法与侵权责任法的关系	140
论个人信息权在人格权法中的地位	150
<b>第四编 物权法编</b>	161
我国《物权法》制定对民法典编纂的启示	163
论特殊动产物权变动的公示方法	175
住宅建设用地使用权自动续期规则	189
论我国农村土地权利制度的完善	
——以成员权为视角	200
我国民法典物权编中担保物权制度的发展与完善	214

<b>第五编 合同法编</b>	229
民法典编纂视野下合同法总则的完善	231
论合同法组织经济的功能	253
预期违约与不安抗辩权	271
预约合同若干问题研究 ——我国司法解释相关规定述评	284
<b>第六编 侵权责任法编</b>	297
论我国侵权责任法分则的体系及其完善	299
论高度危险责任一般条款的适用	316
<b>第七编 继承法编</b>	335
继承法修改的若干问题	337
<b>附录 “民法总则”三审稿修改建议</b>	351

## 第一编

# 民法典体系







## 民法的人文关怀\*

民法是市民社会的基本法,也是保障私权的基本规则。当前,中国民法典的制定已进入关键时期,要制定贴近实际、面向未来的民法典,不能仅局限于对具体制度和规则的设计,更应当关注其价值理念。“古典的民法图像以其抽象的概念和制度成为自我完结的学问体系,而民法的现代图像则很难从这种学问的体系来把握。”<sup>①</sup>也就是说,民法的研究,不能仅仅局限于外在的体系或逻辑关联,而应从其价值理念着手,历史地考察其变迁,准确地把握其趋势,将民法建立在更为科学、完善的价值体系基础之上。本文基于民法的人文关怀这一价值理念,阐释其含义及其对完善民法制度和民法体系的重大影响。

### 一、民法的人文关怀：从以财产法为中心到人法地位的提升

在近代民法中,财产的归属与流转关系是民法规范的主要对象。近代民法以财产权利为中心,主要体现为对外在财富的支配。这显然忽视了人的存在中的精神性的一面,人的内涵中的多样性被简单地物质化了。<sup>②</sup>在这样的体制中,人格独立于财产而存在的价值并不明显。正是在这一背景下,耶林才提出其著名的论断:“谁侵害了他人的财产,就侵害了他的人格。”<sup>③</sup>

从民法的发展历史看,罗马法曾被恩格斯称为简单商品生产者社会的第一个世界性法律。它对简单商品生产者的一切本质的法律关系做周全细致的规定,达到了古代法发展的顶峰。罗马法最先采用抽象的方法,“发展和规定那些作为私有财产的抽象关系”<sup>④</sup>,规定了独立人格制度、债权制度和物权制度,并以此展开了整个私法的体系。在这一体系中,财产的流转与归属是调整的中心,对人格制度虽然有所规定,但更多着眼于权利能力等“身份”法方面,与现代法意义上的人格权并不相同。在罗马法中, *persona* 只是用来表明某种身份。<sup>⑤</sup>

\* 原载于《中国社会科学》2011年第4期。

① 北川善太郎,日本民法体系[M],李毅多,仇京春,译,北京:科学出版社,1995:115.

② 薛军,人的保护:中国民法典编撰的价值基础[J],中国社会科学,2006(4).

③ 鲁道夫·冯·耶林,为权利而斗争[M],郑永流,译,北京:法律出版社,2007:21.

④ 马克思恩格斯全集:第1卷[M],北京:人民出版社,1956:280.

⑤ 周相,罗马法原论:上册[M],北京:商务印书馆,2002:106.

当欧洲进入中世纪后,罗马私法的制度因与当时教会法、封建土地制度以及人身依附关系格格不入,罗马法陷入长期的沉寂状态,直到中世纪进入尾声,由于地中海沿岸商品经济的发展,财产的流转关系日益复杂,罗马法才寻找到其复兴的基础,也适应了后来欧洲资本主义萌芽时期的社会需要。

在法典化时期,以法国民法典为代表的民法是以消灭封建社会对人的压迫、反对封建社会的贸易壁垒、促进市场经济的发展为目标的。法国民法典采纳了三编制模式,即人法、物法和取得财产权的方法。其人法的设计,主要着眼于肯定人人平等的观念和确定财产的归属,因此其整部法典的核心仍是财产权。<sup>①</sup>正如法国学者萨瓦第埃指出的:“与关于人的法相比较而言,民法典(指《法国民法典》)赋予关于财产的法以支配地位。”<sup>②</sup>

以财产为中心的特征,在《德国民法典》上也没有太大的改变。《德国民法典》采五编制(总则、债权、物权、亲属、继承),但其核心仍是债权与物权两编。而总则部分关于主体的规定也仍是以财产的归属与流通为中心展开的。在《德国民法典》制定时,对人格尊严的保护并未被置于重要的位置。法律对自然人的规范过于简单,因此没有涉及一些重要的人格权。<sup>③</sup>另外,对于侵权责任,《德国民法典》仅考虑损害赔偿的一面,并据此将其置于债法之中,而且,对于精神损害赔偿,采取比较严格的限制立场。在《德国民法典》颁布不久,德国学者索姆巴特(Werner Sombart, 1863—1941)就提出《德国民法典》存在着“重财轻人”的偏向。<sup>④</sup>《德国民法典》的体系是按照从事商业贸易的资产阶级的需求来设计构思的,它所体现的资产阶级所特有的“重财轻人”正出自于此。这种重财轻人的特色使关于人的法律地位和法律关系的法大大退缩于财产法之后。<sup>⑤</sup>正是因为《德国民法典》没有规定人格权,所以,在二战以后,德国法院只能借助于宪法上的基本权利的规定,而不能依据民法典发展出一般人格权,这从一个侧面也反映出《德国民法典》中的人格权法没有获得应有的地位。<sup>⑥</sup>

近代民法之所以以财产法为中心,或者说出现“泛财产化”倾向,<sup>⑦</sup>是因为除受传统民法制度的影响,更与其特定时期的社会经济背景密切关联。在自由资本主义时期和垄断时期,要扩大投资、鼓励财富的创造,在这一时期,包括民法在内的整个法律都服务于这一目标。<sup>⑧</sup>若以当时的社会经济条件为背景来观察,这样的选择并无不当。时至今日,随着市场经济的发展和科技的进步,社会、经济的格局发生了重大变化。在这一过程中,民法的发展逐渐呈现出一种对个人人文关怀的趋势。

① 谢怀栻,大陆法国家民法典研究[J],外国法译评,1994(3)。

② 星野英一,私法中的人[M],王闯,译,北京:中国法制出版社,2004:29。

③ 迪特尔·梅迪库斯,德国民法总论[M],邵建东,译,北京:法律出版社,2000:25。

④ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Hüthig Jehle Rehm, 2007, Rn. 42.

⑤ 迪特尔·施瓦布,民法导论[M],郑冲,译,北京:法律出版社,2006:31。

⑥ 薛军,揭开“一般人格权”的面纱:兼论比较法研究中的“体系意识”[J],比较法研究,2008(5)。

⑦ 薛军,人的保护:中国民法典编撰的价值基础[J],中国社会科学,2006(4)。

⑧ 马克斯·韦伯,韦伯作品集Ⅳ:经济行动与社会团体[M],康乐等,译,桂林:广西师范大学出版社,2004:37-39。

所谓人文关怀,是指对人自由和尊严的充分保障以及对社会弱势群体的特殊关爱。人文关怀强调对人的保护,应将其视为民法的价值基础。<sup>①</sup> 本文认为,“人的保护”本身并不是目的,而只是实现人文关怀的手段,其最终目的是使人的自由及尊严得以实现。此处的“人”,一方面是个体人,有其自由追求,应被具体地历史地对待;另一方面,也是伦理人,其尊严应得到尊重,基本的人格利益应得到保护。从这个意义上说,人文关怀就是将“使人享有良好的生存状态”作为法律的目标,实现马克思所说的“人的全面解放”。

民法的人文关怀并非当代的发明,而是具有深刻的社会与历史渊源的。古希腊智者普罗泰戈拉曾提出,“人是万物的尺度”。罗马法上诸如人法、私犯等制度,虽不及现代法对人身、人格的全面保护,但已经或多或少地体现出了对奴隶以外的自由人的关爱。当然,人文主义观念的真正出现,是到文艺复兴时期才开始的。启蒙运动的思想家提出的启蒙思想进一步丰富了近代民法人文主义的内涵。例如,伏尔泰、孟德斯鸠等思想家宣扬的人权、自由、平等理念,很大程度上促进了近代民法中人格平等、契约自由、私法自治等价值理念的形成。这一时期,资本主义民法人文主义的基本脉络已经形成。人文主义的基本特点就在于,它把焦点集中在人本身,强调人的尊严和精神自由。<sup>②</sup> 人文主义认为“每个人在他或她自己的身上都是有价值的——我们仍用文艺复兴时期的话,叫作‘人的尊严’——其他一切价值的根源和人权的根源就是对此的尊重”<sup>③</sup>。

自18世纪后半期开始,康德的理性哲学对于确立人的主体地位做出了重要的贡献。他认为,人类的绝对价值就是人的尊严,就是以人的所有能力为基础的。他曾提出,“人是目的而不是手段”,并且“人只能被作为目的而不能被视为手段”。<sup>④</sup> 按照李泽厚的解读,“康德强调,物品有价格,人只有人格,他不能因对谁有用而获取价格。人作为自然存在,并不比动物优越,也并不比动物有更高价值可言,但人作为本体的存在,作为实践理性(道德)的主体,是超越一切价格的”<sup>⑤</sup>。可以看出,理性哲学的兴起使维护人格独立和人格尊严成为社会的核心任务,进而也成为整个法律所要达到的目标。正是人文主义运动所确立的信念,使人相信法律可以建立在理性的基础上,这种理性的动机导致了法律的变革,加速了理性与民法传统的结盟,促成了官方法典的编纂。<sup>⑥</sup> 《法国民法典》《德国民法典》《奥地利民法典》等民法典的诞生正是启蒙思想的产物,在一定程度上体现了人本主义的精神。在价值理念上,近代民法蕴含的人本主义的理念取代了封建法以等级为中心的理念,封建等级体系被人格的独立平等所替代。但是,与本文所提倡的人文关怀价值观念相比,近代民法以财产权为中心的体系,限制了以人为中心的体系在法典中的展开。以康德为代表的理性哲学仅注重对人的自

① 薛军.人的保护:中国民法典编撰的价值基础[J].中国社会科学,2006(4).

② 孟广林.欧洲文艺复兴史:哲学卷[M].北京:人民出版社,2008:27.

③ 阿伦·布洛克.西方人文主义传统[M].董乐山,译.上海:上海三联书店,1997:234.

④ 康德.实用人类学[M].邓晓芒,译.重庆:重庆出版社,1987:4.

⑤ 李泽厚.批判哲学的批判[M].北京:人民出版社,1979:290.

⑥ 艾伦·沃森.民法法系的演变及形成[M].李静冰,姚新华,译.北京:中国法制出版社,2005:144.

由的普遍保护,而忽略了在社会生活中人与人之间因为能力、智力、财富等方面的差异,尤其是没有考虑到社会对弱者的特别保护。<sup>①</sup>因此,彼时的人文主义与当下的人文关怀有着较大的差异。第二次世界大战以后,尤其是近几十年来,民法人文关怀的内涵日益丰富,地位日益突出,不仅体现于民法的具体制度,而且其对整个民法的外在体系也都产生了深刻的影响。<sup>②</sup>

民法的终极价值是对人的关怀,民法的最高目标就是服务于人格的尊严和人格的发展。要认识我国当代民法,把握当代民法的精髓,妥善应对传统民法所面临的挑战,就必须正确理解和把握社会变革的趋势,并使法律适应这些变化。第一,对人的尊重和保护被提高到前所未有的高度,人权运动在世界范围内蓬勃发展。与此相适应,人类自尊自重和追求高质量物质精神生活的意愿在民法中得到了充分的表达。二战期间普遍发生的非人道行为,战后人们对战争非人道的反思以及20世纪60年代开始的人权运动,都推动和强化了现代民法对人格和尊严的关注。例如,第二次世界大战以后,德国《联邦基本法》第1条开宗明义地提出“人的尊严不受侵害”,把“人的尊严”规定在基本法中。进入21世纪后,尊重与保护人权已经成为整个国际社会的普遍共识。第二,工业化、市场化的发展使社会的两极分化日益严重。从全球范围来看,极少数人控制着绝大多数的财富,而社会实质不公平、不公正的现象也日益明显。在这一背景下,认为契约自由即可直接导向社会正义的传统观点已严重脱离现实。相反,私有财产的滥用、大企业对待格式条款的操纵、经济上垄断一方的强势地位等等,造成了种种社会不公,这在很大程度上对民法中曾被深信不疑的财产权的合理性提出了深刻的质疑。如果现代民法中没有深刻的人文关怀价值理念加以弥补,将造成更严重的社会不公的问题。第三,现代社会科技的迅猛发展也对民法人文关怀提出了新的要求,成为推动民法人文关怀发展的新动力。基因技术的发展使得对个人隐私的保护显得尤为重要,试管婴儿的出现改变了传统上对生命的理解,人工器官制造技术、干细胞研究、克隆技术和组织工程学的发展为人类最终解决器官来源问题铺平了道路。与此同时,上述科学技术也对生命、身体、健康等人格权提出了新的挑战,民事权利(尤其是人格权)受到侵害的可能性不断增大,后果也较以往更为严重,民法应对人提供更充分的保护。第四,随着人们的基本物质需要的满足,精神上的需求就会突显出来。马斯洛提出的需求层次理论认为,人的需求可以分为五种,从低级到高级依次为生理需求、安全需求、社交需求、尊重需求和自我实现需求,当人对生存的需要基本得到满足之后,对文化和精神的需要将越来越强烈,他把这种心理需要归纳为自尊需要。<sup>③</sup>面对以上社会变化趋势,对民法的挑战无疑是革命性的。在此背景下,需要以深刻的人文关怀价值理念对传统民法制度进行修正和弥补。

中华人民共和国成立后,我国实现了人民当家做主,人的价值得到了充分的尊重和体现。然而,由于在相当长的一段时间内“左”倾思想盛行,法治观念淡薄,以人为本的价值理

① TZITZIS STAMATIOS, *Qu'est-ce que la personne?* [M]. Paris: Armand Colin, 1999:84.

② 朱岩,社会基础变迁与民法双重体系建构[J].中国社会科学,2010(6).

③ 马斯洛,动机与人格[M].许金声,程朝翔,译,北京:华夏出版社,1987:40-54.



念一度受到侵蚀。改革开放之后,党总结并吸取了“文革”的惨痛教训,加强了民主法制建设。随着改革开放的深入发展,社会主义市场经济体制逐步建立。为了实现全面建设小康社会以及构建和谐社会的宏伟目标,党和国家确立了“以人为本”的执政理念。“以人为本”体现在民法上,就是要充分保障公民的各项基本权利和利益,尊重和维护公民的人格独立与人格尊严,使其能够自由、富有尊严地生活。因此,我国民法中所体现的人文关怀精神在本质上不同于西方的人本主义,是社会主义核心价值观的集中体现,且与我国现阶段的社会经济文化发展相适应,尤其强化对弱势群体的关爱,充分注重人格的自由和发展,努力促进社会公平正义的实现。

在改革开放 30 余年的发展中,1986 年的《民法通则》以及此后颁布的一系列法律,建立了财产的归属与流转规则,确立了中国市场经济体制发展所需的基本民商法框架,极大地促进了社会经济的发展。然而,在我国经济、社会建设取得了相当成就的背景下,不能仅局限于民法的经济功能,更应重视民法在实现人文关怀方面的重要作用。一方面,随着社会的高速发展和急剧转型,利益关系日益多元,社会矛盾愈发显著。在此背景下,强调民法的人文关怀价值,有利于实现构建和谐社会的目标。另一方面,社会主义制度的根本目的就是实现人的全面解放和发展,建设法治国家以及和谐社会的最终目标也是为了实现人的全面发展。我国已经建成的社会主义法律体系全面体现了人文关怀价值取向。与其他部门法相较而言,民法的人文关怀价值更为全面,更注重协调不同利益之间的冲突。强调民法的人文关怀就是要将个人的福祉和尊严作为国家和社会的终极目标,而非作为实现其他目的的手段。现代化不是单纯的经济现代化,更主要是人本身的现代化。民法在某种意义上也被称为人法,作为保障人的全面发展的最重要的法律形式,现代民法离不开人文关怀价值的保障。

## 二、以人文关怀构建民法的价值理念

传统民法以自由、平等为基本价值取向。但由于传统的民法是以财产权为中心而设计的,这直接决定了意思自治是以经济上的自由为中心的;而平等则是以形式平等为其基本特征的,至于在实际交易关系中因知识、社会及经济等方面的力量差异导致当事人间并未形成实质意义上的平等,并不是民法所关注的主要问题。自由和平等虽然是传统民法的基础性价值,但是在现代社会中,面对人文关怀价值理念的冲击,自由和平等价值也不得不作出相应的变化与调整。在对传统价值理念的积极因素得以延续的同时,人文关怀价值的考量正逐渐成为民法的基础价值体系。

从萨维尼奠定的德国民法体系的观念看,德国民法体系实际上是以人格尊严和自由作为中心而辐射的网状结构。拉伦茨在此基础上进一步提出,《德国民法典》的精神基础是伦理学上的人格主义。<sup>①</sup>此理念的基本内涵就是以人为中心,尊重人的价值,尊重人的尊严,保

<sup>①</sup> 卡尔·拉伦茨,《德国民法通论:上册》[M],王晓晔等,译,北京:法律出版社,2003:45.