

docsriver.com
商家本本书店

Philosophy of Civil Law

民法哲学

〔增订本〕

● 徐国栋 著

法学文库

中国法制出版社

徐国栋作品

民法哲学

名称论 对象论 平等论 能力论
生死论之生论 生死论之死论 认识论
人性论 价值论 生态论 契约论

提升民法境界
参透民法精神

ISBN 978-7-5093-6268-6



9 787509 362686 >

定价：88.00元

Philosophy of Civil Law

民法哲学

〔增订本〕

● 徐国栋 著

图书在版编目 (CIP) 数据

民法哲学 / 徐国栋著. —2 版 (增订本).
—北京: 中国法制出版社, 2015. 7
ISBN 978 - 7 - 5093 - 6268 - 6

I. ①民… II. ①徐… III. ①民法 - 法哲学
IV. ①D913. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 078359 号

策划编辑 刘 峰 (52jm. cn@163. com)

责任编辑 张 津 (zj2007011567@163. com)

封面设计 周黎明

民法哲学

MINFA ZHEXUE

著者/徐国栋

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2015 年 7 月第 2 版

印张/42. 25 字数/499 千

2015 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6268 - 6

定价: 88. 00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66053217

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

再版前言

本书的初版出版于2009年，印了5000册，2013年即已售罄。在从2009年到2015年的期间，本书的初版赢得了福建省第九届优秀社会科学成果奖一等奖（2011年），第四届钱端升法学研究成果奖二等奖（2012年），教育部第六届高等学校科学研究优秀成果奖二等奖（2013年），可谓连中三元。我每年都以本书作为厦门大学民法专业硕士生的《民法哲学》课程的教材，初版售罄之后，就产生了出新版维持每年近30名研究生的教材供应的需要，以及社会上许多人士研读本书的需要——他们经常打电话到中国法制出版社询问本书的再版情况，为此，我在本书的初版策划编辑刘峰先生的催促下准备再版，为此进行了一定的删节、增补和改正。

“删节”，指向在授课中不涉及的内容（例如原有的第二章第二节第二目“无体物概念作为支撑民法二分制的基础”），以及已过时的内容，例如，初版中涉及的一些立法列举以及立法统计（都是初版的出版时间）都已过时。删去了“主要参考文献目录”、“主题索引”、“案例索引”、“人名索引”、“后记”等5个附录，这并非因为它们不重要，删去它们是为了腾出篇幅容纳新内容。出版社总想把本书的篇幅控制在40万字以下，甚至有出本书的缩写版之议，这是必须考虑的限制。

“增补”，指向在从初版到现今民法哲学事项新发展的内容，例如，此版增加了对英国上下院于2015年1月通过的允许一父两母法案进行说明的内容、对民事死亡制度的详细说明（初版对此一带而过），增加了“契约论”整整一章，等等。

“改正”，指向初版中说错了的内容，例如，把全书所有的“民法调整对象”改成了“民法对象”。又如，初版曾把1942年《意大利民法典》限制犹太人权利能力的规定作为立法者利用宗教身份的论据，现在看来，这种限制更多地与种族主义相关。

“删节”也好，“增补”也好，“改正”也好，共同的宗旨是让买过初版的读者感到也有必要买再版，尽我的一切可能消除初版中包含的错误，补充初版中未论及的民法哲学内容，一言以蔽之，让本书跟上六年来的时代发展。

在三八妇女节之际，我完成了这些工作，可以把再版呈现给出版社和读者了，顿时有一种如释重负的感觉。我希望此版更能满足我的学生和广大读者的需要，这种需要是如此强烈，能够在若干年后逼迫我和中国法制出版社出版本书的第三版。

本书凡40万余言，宗旨者何？一言以蔽之，批评萨维尼等大师开创的潘得克吞法学，此等法学通过罗马法、超越罗马法，把民法学带入了近现代阶段，它打造的民法具有整齐有序的几何学形象，像埃及的金字塔一样浑身上下焕发出魅力，让我们治民法者自豪，看不起一些长得疙疙瘩瘩的新兴学科。正由于此，我国自清末以降继受的就是这样的民法学，它对于我国实现法制现代化，建立起与德国、日本民法学的学术营养供应关系，做出了不可磨灭的贡献。但是，历近200年之呈现，它的毛病也渐次暴露，例如，其物文主义的民法对象理论、无视人与物（甚至与神）的关系的调整的完全人化的法律关系理论、完全以出生和死亡为端点的能力理论、性恶的人性假设、绝对理性的民法人假设、个人主义的权利概念、乐观主义的人类未来论和暗含的

人类中心主义、自由主义的政治哲学前提，等等；最后但并非最次要的是，它对宏大叙事的追求，说白了，也就是总则思想，导致把一个原则或制度贯彻庞杂无比的整个民法首尾的狂想，例如，潘得克吞的俄国版建立的民法以平等原则一以贯之的狂想，德国人自有的把产生于财产法的法律行为制度适用于人身法的狂想，而这样的狂想只要找到一个例外就会把它变成理论泡沫，问题在于例外不止一个，而是太多！所以，现在到了扬弃潘得克吞民法学，创造新的民法学的时候。此等创造有四个基点：其一，对当代民法生活的观察，抛开教条回到现实，这样的观察总是任何真正有生命力的理论的源头活水。任何教条的共同特征都是与实际不符，但此等不符被迷信的人们视而不见。其二，对罗马法的研究。潘得克吞法学有时提升了罗马法，但有时却把罗马法做小做弱了（例如它对人格关系的鸵鸟式处理，对人—物关系、人—神关系之调整的愚昧地抛弃），所以，有时回到罗马法本身就成了疗救潘得克吞民法学带来的疑难杂症的良药。其三，对拉丁法族国家法学的研究。这些国家的民法学与罗马法一脉相承，继承了罗马法的优点，构成一个与潘得克吞民法学颇为不同的法律样本，不时可以用来疗救潘得克吞民法学的缺陷。例如，在这些国家的民法学中，人身关系法优先于财产关系法的地位从来是不容置疑的。其四，对英美法的借鉴。这种法不搞宏大叙事，甚至连权利能力的概念都没有，从来满足于就事论事的微观理论，顶多做到中观理论，所以很少犯错误，尤其是根本性的大错，所以，研习这种法的学者很少把精力放在无聊的宏大建构的建设与拆除上，而是闷声研究具体问题，发了理论大财。比较起来，潘得克吞系的学者在“建”与“拆”之间浪费了多少精力哟！借鉴英美法，从宏观角度看，就是抛弃建立宏观理论的愿望，满足于中观理论甚至微观理论。这两种模式的理论，恰恰是世界理论界的方向。

再版之际，感谢本书的策划编辑刘峰先生，是他的催促促成了本

书初版的诞生，同样的催促促成了本书的再版，没有他对本书的青眼和出版催促，我难以想象自己能在繁杂的日常工作中挤出时间来编订此书并修订之。

是为序。

徐国栋

2015年3月8日于胡里山炮台之侧

什么是民法哲学——代序言

一、部门哲学的兴起

哲学是一种整体的宏观理论，它研究的是绝对的宏观——世界的整体。然而，这样的整体宏观是由许多的局部组成的，每个局部也有自己的相对宏观。这一现实成为分支性哲学产生的理由。于是，在传统的统观性哲学之旁，近 100 年发展起宗教哲学^①、社会科学哲学^②、自然科学哲学^③、科学哲学^④、语言哲学^⑤、法律哲学^⑥、逻辑哲学^⑦、艺术哲学^⑧、

① 参见 [德] 黑格尔著，魏庆征译：《宗教哲学》，中国社会出版社 1999 年版。

② 参见 [美] 鲁德纳著，曲跃厚译：《社会科学哲学》，三联书店 1983 年版。

③ 参见 [美] 亨佩尔著，陈维抗译：《自然科学的哲学》，上海科学技术出版社 1986 年版。

④ 参见江天骥主编：《科学哲学名著选读》，湖北人民出版社 1988 年版。

⑤ 参见 [美] 阿尔斯顿著，牟博、刘鸿辉译：《语言哲学》，三联书店 1988 年版。

⑥ 参见 [美] 戈尔丁著，齐海滨译：《法律哲学》，三联书店 1987 年版。

⑦ 参见 [英] 蒯因著，邓生庆译：《逻辑哲学》，三联书店 1991 年版。

⑧ 参见刘纲纪：《艺术哲学》，湖北人民出版社 1986 年版。

历史哲学^①、自然史哲学^②、教育哲学^③、军事哲学^④乃至农业哲学^⑤、数学哲学^⑥、货币哲学^⑦、演说术哲学^⑧、家庭哲学^⑨、技术哲学^⑩、自然哲学^⑪、管理哲学^⑫、经济哲学^⑬、社会哲学^⑭、生态哲学^⑮、税哲学^⑯、文化哲学^⑰、行政哲学^⑱、修辞学哲学^⑲、性爱哲

① 参见 [美] 德雷著, 王炜、尚新建译:《历史哲学》, 三联书店 1988 年版。

② See William Smellie, *The Philosophy of Natural History*, Boston, Hillard, Gray, and Company, 1846.

③ 参见 [美] 麦克莱伦著, 宋少云、陈平译:《教育哲学》, 三联书店 1988 年版。

④ 参见国防大学编著:《邓小平军事哲学思想研究》, 军事谊文出版社 2001 年版。梁必骏主编:《军事哲学思想史》, 1998 年版。

⑤ 参见吴宝华:《农业哲学基础》, 科学出版社 1991 年版。

⑥ 参见 [美] 巴克尔著, 韩光焘译:《数学哲学》, 三联书店 1989 年版。

⑦ 参见 [德] 西美尔著, 陈戎女等译:《货币哲学》, 华夏出版社 2002 年版。

⑧ 其作者为 George Cambell。See Janice M. Lauer, *Invention in Rhetoric and Composition*, Parlor Press, West Lafayette, 2004, p. 39.

⑨ Cfr. F. D' Agostino, *Una Filosofia della Famiglia*, Milano, Giuffrè, 1999.

⑩ 参见许良:《技术哲学》, 复旦大学出版社 2004 年版。

⑪ 参见陈其荣:《自然哲学》, 复旦大学出版社 2004 年版。

⑫ 参见袁闯:《管理哲学》, 复旦大学出版社 2004 年版。

⑬ 参见张雄:《经济哲学:从历史哲学向经济哲学的跨越》, 云南人民出版社 2002 年版。

⑭ 参见王南湜:《社会哲学:现代实践哲学视野中的社会生活》, 云南人民出版社 2001 年版。

⑮ 参见蔡虎堂:“走向人类生存的生态哲学——哥本哈根:开启低碳时代的到来”, 载《厦门大学报》2010 年 3 月 12 日第 4 版。

⑯ 参见 [日] 盐野七生著, 郑维欣译:《罗马人的故事 XIV:基督的胜利》, 三民书局 2007 年版, 第 108 页。

⑰ 参见李鹏程:“我的文化哲学观”, 载《华中科技大学学报》(社会科学版) 2011 年第 1 期。

⑱ 参见何颖:《行政哲学研究》, 学习出版社 2011 年版。

⑲ See R. N. Gaines, *Cicero's Partitiones Oratoriae and Topica: Rhetorical Philosophy and Philosophical Rhetoric*, in: J. M. May (ed.), *Brill's Companion to Cicero: Oratory and Rhetoric*, Leiden, 2002, pp. 445 - 480.

学^①、动物学哲学^②、写作哲学^③、化学哲学^④、生物哲学^⑤、武器哲学^⑥、犯罪企图哲学^⑦、国际法哲学^⑧、智力财产哲学^⑨等部门哲学。与法学与 X 运动相类，形成了 X 与哲学运动，不过 X 的位置不同而已。但两者表达的都是不同的学科相互交叉的当代趋势。我们研究的法哲学正是这种哲学部门化趋势的产物。

部门哲学的产生，引发了哲学概念的异化：哲学本是关于世界之整体的学问，现在，在哲学的中心词前加一个前缀，它就变成了关于局部的学问。同时也引发了哲学与部门哲学的关系问题。对此问题，《教育哲学》的作者做了很好的说明：“哲学作为某门学科的后缀，表示有些像但又并不十分精确地像这门学科的东西。它是发现人类理性

① 参见 [古罗马] 奥维德著，曹元勇译：《爱经全书》，译林出版社 2012 年版，译后记，第 270 页。

② 这是拉马克最重要的著作（1809 年）。在此书中，拉马克把脊椎动物分做 4 个纲，就是鱼类、爬虫类、鸟类和哺乳动物类，他把这个阶梯看作是动物从简单的单细胞机体过渡到人类的进化次序。

③ 我于 2013 年 9 月 23 - 10 月 23 日在米兰大学访学，提出意大利人的写作哲学与美国人的写作哲学不同，前者追求让人看不懂，后者追求能用一分钱的文字说清的事情绝不用 5 分钱的文字。这一表达马上能为谈话对手理解并共鸣，说明它能成立。

④ 厦大蔡启瑞院士在俄亥俄州立大学获得的学位名称。最著名的包括荷兰哲学家柯雳平（Jaap van Brakel），在 2000 年完成的《化学哲学》（*The Philosophy of Chemistry*）一书，以及马耳他化学 - 哲学家埃里克·塞利（Eric Scerri）为《化学基础》（*Foundations of Chemistry*）一书写的“价值的和描述的科学哲学，以及化学在化学哲学中的地位”（*Normative and Descriptive Philosophy of Science and the Role of Chemistry in Philosophy of Chemistry*）一章（2006 年）。

⑤ 北京师范大学李建会于 2014 年度成功申请了国家社科基金重大项目：《生物哲学重要问题研究》。

⑥ 日本电影《燃烧的零式战机》中使用这个术语揭示美国和日本在战斗机设计上的观念差异，前者以厚厚的装甲保全飞行员的性命，牺牲战机的其他性能；后者为了提高战机的其他性能，对飞行员的防护基本没有。

⑦ See Bebhinn Donnelly - Lazarov, *A Philosophy of Criminal Attempts*, Cambridge University Press, 2015.

⑧ 参见何志鹏：《国际法哲学导论》，社会科学文献出版社 2013 年版。

⑨ See Justin Hughes, *Philosophy of Intellectual Property*, In 77 *Georgetown Law Journal* 287, 296 (1988) .

在那种学科中所采取的独特形式的努力。这种探究具有揭示性和批判性。所谓揭示性，就是通过某一学科的实例揭示人类理性的某个或某些一般特征。所谓批判性，就是依据什么是理性的思维、什么是理性的行动等基本的准则来检验自某一特定历史时刻确定的某一学科的规则系统。”^①这是对部门哲学的属性的一个很好的说明，其要点之一在于说明了部门哲学是某具体学科与哲学的混合，由此决定了生成物具有亦此亦彼、非此非彼的特征；之二在于说明了部门哲学的超越性。为了完成超越，一方面它要从具象中概括出抽象，另一方面它要对具象中的不合理方面展开批判。

由于“画鬼容易画人难”的规律的存在，也产生了一些投机取巧的人糟蹋部门哲学的问题。对此，《军事哲学概论》一书的作者做了很好的描述：“在军事哲学研究中，有几种方法不可取：其一，标签法，即拿一般的哲学理论，在加上几句军事术语和辞藻，就称之为军事哲学；其二，拼凑法；其三，公式法，即从原则和公式出发研究军事哲学或军事辩证法，最常见的是用唯物辩证法的规律和范畴作为框架，然后找一些军事方面的例子填充进来”。作者认为正常的方法应该是把军事领域自身的哲学道理发掘出来，而不是把哲学的一般原理从外面注入进去。^② 大哉斯言！

上述对部门哲学与哲学的关系问题、军事哲学研究中存在的方法论问题的描述，都对法哲学与部门法哲学的关系问题和部门法哲学的研究方法问题具有直接的可适用性。

二、什么是法哲学

法哲学一词最早由 C. W. 莱布尼兹 (Gottfried Wilhelm von Leibniz,

^① 参见 [美] 麦克莱伦著，宋少云、陈平译：《教育哲学》，三联书店 1988 年版，第 2 页及以次。

^② 参见庄世奎：《军事哲学概论》，军事科学出版社 1987 年版，第 7 页。

1646 - 1716 年) 于 1667 年在《法学研究和讲授的新方法》一书中使用^①，这一事件本身就表明了哲学对法学的一场有益的入侵。尽管法哲学研究在历史上早就存在，例如公元前 1 世纪的西塞罗 (Marcus Tullius Cicero, 公元前 106 - 公元前 43 年) 的以斯多亚哲学为基础的义务本位论的法哲学 (西塞罗本人也是先学法律后学哲学，这种知识背景使他能把这两门学科结合起来)，但莱布尼兹发明的新词直到 1821 年才成为一门学科的名称。此前，人们对法的宏观本质的研究从来没有停止过。这种研究沿着两个方向进行：其一，从哲学下降的法哲学研究，表现为哲学家伊曼努尔·康德的《法的形而上学原理》(1797 年) 和同样是哲学家的哥特里布·费希特的《以知识为原则的自然法权基础》(1796 年)；其二，从部门法上升的法哲学研究，表现为民法学家古斯塔夫·胡果的《作为实在法，特别是私法哲学的自然法教科书》(1798 年) 以及国际法学家格老修斯的《作为实在法哲学的自然法教科书》(1798 年)。可以看出，前一个方向的法哲学研究往往以“形而上学”、“自然法”为名，前一名称比“法哲学”的名称更揭示这门学科的本质：如果说部门法学是研究法现象的“形下”方面，那么，法哲学研究的是法现象的“形上”方面。后一名称更加反映了当时的学术思潮——自然法时代的学术思潮，把法看成是先存的、从简单数目的原则演绎开来的规则体系。后一个方向的法哲学研究表现出某种抽象性的不足，作者们把自己的研究对象称为“私法哲学”或“实在法哲学”，前一名称似乎是民法哲学的滥觞。到 1821 年，上述种种名称为“法哲学”的名称取代，是年，黑格尔 (1770 - 1831 年) 完成了其《法哲学原理》，把“法哲学”作为其世界解释体系的一部分，并形成了以哲学为基座的法哲学传统。尽管如此，黑格尔的法哲学可

^① 也有人说，是德国学者文科尼西于 1839 年第一次在其专著《作为法的自然学说的法哲学》一书中首次使用法哲学的术语。参见宋功德：《行政法哲学》，法律出版社 2000 年版，第 4 页注 2。

以大体上称为民法哲学，它以自由意志为轴心展开，研究了所有权、契约、不法、道德、家庭、市民社会、国家等问题，私法的成分居多。不妨说，西方的法哲学都是民法型的，与马克思主义的刑法型的法哲学形成对照。正因为这样，在西方国家，民法哲学是否必要成为一个强烈的问题。

现在，叫做“法哲学”的书已经汗牛充栋了。不过，关于什么是法哲学，仍然是聚讼纷纭的问题。

《不列颠百科全书》（1977年版）这样定义法哲学：“法律哲学就是系统阐述法律的概念和理论，以帮助理解法律的性质，法律权力的根源及其在社会中的作用，与法理学同义。”^①

同一百科全书还对法理学下了如下定义：“大体同于法哲学，是关于法律的性质、目的，为实现这些目的所必要的手段，法律实效的限度、法律对正义和道德的关系、以及法律在历史上改变和成长的方式。”^②

在上述定义中，法哲学或法理学都包含两大成分：

第一是法学的对内范围，例如法律的概念和理论，法律的性质，它们涉及到法律的一般概念、术语和法律的各个部分之间的关系。

第二是法学的对外范围，例如法律与道德的关系，它们涉及到对法律与影响法律的规范性因素的关系的说明。^③

《布洛克豪斯百科全书》像黑格尔一样，把法哲学理解为哲学的一部分，把它定义为以一定的方式系统地研究法律和法学的一般原理（意义和目的、起源和效力）的学科。其主要问题是法的效力、存在、意义、自由、平等等问题。^④

① 转引自沈宗灵：《现代西方法律哲学》，北京大学出版社1983年版，第2页。

② 转引自沈宗灵：《现代西方法律哲学》，北京大学出版社1983年版，第2页。

③ 关于法学的对内范围和对外范围的划分，参见《法学基础理论》编写组：《法学基础理论》，法律出版社1982年版，第3页及以次。

④ 参见上海社会科学院法学研究所编译：《法学总论》，知识出版社1981年版，第45页。

上述各种定义的共同点在于：

1. 法哲学是关于法的根本现象的学问，因此，法哲学原则上不研究法律的具体问题，尤其不研究某一部门法的问题。但对于具体问题的含义必须加以小心的界定：因为有的问题在此国为具体问题，在彼国为根本现象，例如“财产”、“契约”等，在中国为具体问题，在西方国家为根本现象。

2. 法哲学具有超空间性，换言之，法哲学并不以研究某一国家的法律为己任，而是研究人类的一切法律现象，也就是说，法哲学原则上不研究实在法。

3. 法哲学具有超时间性，换言之，它不研究某一历史时期的法律现象，而是研究人类有史以来的普遍法律现象。

4. 法哲学与哲学具有联系。

这些共同点说明，法哲学的形成，反映了如下需要：1. 打通部门法学之间的壁障；2. 打通哲学与法哲学之间的壁障；3. 打通时间的壁障；4. 打通空间的壁障。总而言之，是为了获得一种新的视界交融和对法律的更广泛深入的认识，排除研究者的“洞穴”处境，追求“上帝之眼”。因此，法哲学研究是凡人向着神性的飞升，是一项高尚的事业。

诸法哲学理论可以根据不同的标准二分。根据研究的范围可以分为主要研究对外范围的法哲学和主要研究对内范围的法哲学。前者有卢梭（Jean - Jacques Rousseau, 1712 - 1778 年）这样的作者，他研究了法律的效力来源问题并将之归于社会契约；后者有奥斯汀这样的作者，他研究了命令与规范的关系问题。通常研究对外范围的学者在某种意义上是法学的外行，但他们显得更加伟大、有名。因为他们的法哲学体系与一个更大的理论体系相联系并受到其支撑，他们是下降型的法哲学家，也有上升型的法哲学家，例如卡尔·拉伦茨就是从研究民法上升到研究民法方法论，从而成为法哲学家的。

根据关注点的不同可以分为公法型的法哲学和私法型的法哲学。

前者如在我国和其他社会主义国家存在过的法学基础理论把国家与法捆在一起——这一观点已经受到怀疑——国家居于理论的中心，暴力是主角；后者浓烈地关怀财产、人格等超阶级的，更有普遍性的因素，例如黑格尔的法哲学，它与民法哲学具有更大的亲和力。

三、部门法哲学和亚部门法哲学的兴起

与从哲学内部分化出部门哲学的趋势相应，在法哲学内部，也产生了同样的部门化趋势。这一运动以部门法运动为基础，我们知道，在1756年的《巴伐利亚民法典》之前，不存在我们现在的整齐排列的部门法，法律的分类方法不一样，大的方面分为教会法和市民法（世俗法的意思），小的方面在市民法下分为庄园法、城市法、封建法等等。只有具备了现代的统一中央集权的国家和现代数学提供的分析头脑之后，宪法、刑法、民法、行政法、诉讼法这样的现代部门法才可能产生出来。它们的产生为部门法哲学提供了基础。于是，刑法哲学、行政法哲学、人权哲学、知识产权哲学、民法哲学、国际法哲学^①、社会法哲学、劳动法哲学、社会保障法哲学^②、家庭法哲学^③、环境法哲学^④等都产生了。首先，其发展体现为全国性的专题会议的召开。2004年12月，吉林大学理论法学中心在海南博鳌召开过《部门法哲理化研讨会》，这是第一次全国性的同道者的商讨。2007年8月，在上海师范大学召开的《法理学与部门法哲学理论研讨会》进行

① 2009年4月22日，在阿根廷布宜诺斯艾利斯大学法律系举行了“国际法哲学与理论研讨会”，参见该系2009年4月15日发给我的电邮。也参见何鹏的“国际法的哲学之维：内涵、功能与路径”，载《法学家》2010年第6期。邓慧强：“国际法的哲学之维”，载《时代法学》2004年第4期。

② 最后3个部门法哲学是上海师大法学院教授刘诚提出来的，参见其《社会法若干哲学问题研究》，黑龙江人民出版社2008年版。

③ See Lawrence D. Houlgate, *Family and State: The Philosophy of Family Law*, Totowa, N. J., Rowman & Littlefield, 1988.

④ 参见陈泉生等：《环境法哲学》，中国法制出版社2012年版。

了进一步的探讨。2010年1月30-31日，在吉林大学举行了第三届部门法哲学研讨会，此会的成果之一是在上述部门法哲学的清单上，加上了商法哲学、环境法哲学、经济法哲学的新品种。2013年12月13日，大连海事大学法学院还承办了“首届全国民法基础理论与民法哲学论坛”。2015年5月23-24日间，同一大学还举办了第二届同名论坛。吉林大学法学院还举办部门法哲学的系列讲座。其次，体现为法律网站专门栏目的开设。吉林大学的理论法学研究中心的网站上开辟有部门法哲学专栏。西南政法大学的网站上有部门法哲学的专栏，下分宪法哲学、民法哲学、刑法哲学、诉讼法哲学、安乐死法哲学研究等子目录。该校的肖厚国教授还主编了《民法哲学研究》刊物，目前已出到第五辑。再次，体现为有关专著（译）的出现。除了下面要分析的老一些的部门法著作外，近年来，还产生了一些新的有关著译，例如，江国华的《宪法哲学导论》（商务印书馆2007年版），钱福臣的《宪政哲学问题要论》（法律出版社2006年版），李可的《马克思恩格斯环境法哲学初探》（法律出版社2006年版），[美]阿兰·S. 罗森鲍姆的《宪政的哲学之维》（三联书店2001年版），等等。

现在让我们一一观察上述部门法哲学。

中国的刑法哲学的创始人为陈兴良教授，按照他的说法，刑法哲学是将刑法所蕴涵的法理提升到哲学高度进行研究的一门学科，是刑法学的基础理论。^①从内容来看，该书研究刑法的宏观性的问题，分为哲学性较强的导论、犯罪本体论、刑罚本体论、罪刑关系论几个部分，基本上是把刑法的事从头说到尾。

美国人道格拉斯·N. 胡萨克也著有《刑法哲学》的著作，该书事实上只研究了刑法哲学中的刑事责任问题。^②

^① 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第1页。

^② 参见[美]道格拉斯·N. 胡萨克著，谢望原等译：《刑法哲学》，中国人民公安大学出版社1994年版。

德国人阿克塞尔·蒙特布鲁克也著有《刑法哲学（1995 - 2010）》，只研究了复仇、刑期、替罪羔羊、人权刑法、自然刑法等问题。^①

法国哲学家阿道夫·弗兰克（Adolphe Franck, 1809 - 1893 年）先后担任过杜爱、南锡、凡尔赛、查理曼、索尔本学院的教授，从 1856 年开始，担任自然法与市民法教授 30 年，著述颇丰。他于 1864 年完成了其《刑法哲学》，同年完成了其《教务法哲学》，于 1886 年完成了其《民法哲学》（Philosophie du droit civil）。^② 其《刑法哲学》分为 3 个部分。我把其第一部分概括为惩罚法论，讲惩罚权的基本问题；把第二部概括为犯罪论，讲各种犯罪；把第三部分概括为刑罚论，讲一般的刑罚和死刑。^③

上述 3 本刑法哲学内容上的巨大差别说明了对于什么是刑法哲学，并无统一的理解标准。

宋功德在 2000 年出版了其《行政法哲学》。他似乎回避给其研究对象下定义，隐约可以看出他理解的行政法哲学是从“终极存在、终极解释与终极价值 3 个层次去透视、反思乃至重构行政法，从而使行政法有助于筑构平衡的行政权与行政相对方权利结构，形成良性互动的行政法关系，在维持必要的行政法秩序的基础上实现行政法治，给公民带来更多的自由”的科学^④。主要研究行政法理性、行政法规范、行政法机制 3 个方面的问题。作者对定义的回避似乎证明了定义的困难。

江国华在 2007 年出版了其《宪法哲学》。他很痛快地给宪法哲学

① 参见 [德] 阿克塞尔·蒙特布鲁克著，谢焱译：《刑法哲学（1995 - 2010）》，柏林自由大学开放存取版，2013 年。

② See Isidore Singer, Issac Bloch, Franck, Adolphe, On <http://www.jewishencyclopedia.com/view.jsp?artid=299&letter=F>, 2007 年 9 月 23 日访问。

③ Voir Adolphe Franck, Philosophie du droit penal, Paris, 1864, p. 240.

④ 参见宋功德：《行政法哲学》，法律出版社 2000 年版，第 15 页。

下了定义：宪法哲学是以人类优良的生活方式为职旨的哲学。^①这不过是说，宪法哲学是研究宪法的哲学，因为作者理解的宪法就是对人类的优良生活的谋划。但宪法哲学不研究所有的宪法问题，而只研究其中的本原问题，并将它们抽象为哲学命题，再揭示出蕴藏在它们中的基本法则^②。这些本原问题有：1. 人是什么；2. 权利·宪法·权力三者的关系；3. 生活·宪法·政治三者的关系；4. 现实·宪法·理想三者的关系；5. 科学·宪法·正义三者的关系^③。然而，差不多同期，邓毅也给宪法哲学下了自己的定义：宪法哲学是从人的本性与本质出发揭示宪法的本质和目的，结合相关的科学知识和已有的政治经验对现有的宪法制度进行批判和创新的学科，目的在于指导人类宪法实践，促进人类政治文明。^④邓毅认为，宪法的基本问题主要有三：1. 什么是宪法；2. 人类为何需要宪法；3. 人类需要什么样的宪法。^⑤宪法哲学必须与政治哲学区别开来。傅恒和李琦也或以明或暗的方式给出了自己对宪法哲学的理解。前者认为，宪法哲学是把宪法基础理论纳入思辨体系中，通过反思，站在哲学的高度概括抽象出宪法的真理性认识的学科，其使命在于说明人类社会为何需要宪法，需要什么样的宪法？^⑥后者认为，宪法哲学是研究宪法的元问题的学科。这样的元问题有三：1. 人类社会为何需要宪法；2. 人类社会需要怎样的宪法；3. 人类如何通过宪法达到目的。宪法哲学主要关注宪法的正当性。^⑦不难看出，宪法

① 参见江国华：《宪法哲学》，商务印书馆2007年版，第1页。

② 参见江国华：《宪法哲学》，商务印书馆2007年版，第5页。

③ 参见江国华：《宪法哲学》，商务印书馆2007年版，第11页及以次。

④ 参见邓毅：“什么是宪法哲学”，载《华东政法学院学报》2006年第4期，第28页。

⑤ 参见邓毅：“什么是宪法哲学”，载《华东政法学院学报》2006年第4期，第29页。

⑥ 参见傅恒：“论宪法哲学学科体系的构建”，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2004年第1期，第43页。

⑦ 参见李琦：“宪法哲学：追问宪法的正当性”，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2005年第3期，第14页及以次。

哲学相对于其他部门法哲学更热，定义不少，大同小异。

《人权哲学》的作者 A. J. M. 米尔恩也不给人权哲学下定义，而是谈了道德、权利等法理学的一般问题。^①

中外关于民法哲学的书不少，有如下列：

1. 阿道夫·弗兰克的《民法哲学》问世于 1886 年，它分为 24 章，以法国革命的精神和自然法理论为据分析民法的核心问题。首先是权利、义务、自由、人类人的概念；其次是婚姻（包括离婚）、妇女和男女平等；第三是亲子关系和亲权；第四是财产权理论，分析了普鲁东的反理论；第五是与财产权关联的继承权；第六是知识产权；第七是自由权，包括良心的自由和宗教自由等方面。^② 此书没有给民法哲学下定义，按民法与人的生存的关联的角度展开民法的核心内容，舍弃了一些内容，例如债法，其论述以人为中心，不把民法理解为单纯的财产法，所以专门安排一部分探讨自由权问题。把良心自由和宗教自由当作民法的内容，这在现在都可能引起争议。此书还探讨了一些新问题，例如人类人的概念、知识产权与财产权的关系等。

2. Gabriel La Broüe de Vareilles - Sommières 的《公共秩序法与法的破毁：法哲学与民法哲学研究》（Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois. Etude de philosophie du droit et de droit civil），1899 年由 Cotillon 出版，包括 5 章。第一章，所有的法律都关系到公共秩序；第二章，个别性并不能破毁任何法；第三章，《法国民法典》第 6 条^③的起源；第四章，隐藏在第 6 条中的真相；第五章，包含公共秩序法问题或公共秩序问题的其他文本之检视。不难看出，本书是一部研究《法国民法典》第 6 条的专著，作者采用了法哲学和民法哲学的方法从事这一工作。

3. Wilfrid Parsons 的《民法哲学研讨会》（A Symposium on the Phi-

① 参见 [英] 米尔恩著，王先恒等译：《人权哲学》，东方出版社 1991 年版。

② Voir Adolphe Franck, Philosophie du droit civil, Felix Alcan Editeur, Paris, 1886,

③ 该条规定：任何人均不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗之法律。

losophy of Civil Law), 1939年由 St. Louis university 出版, 共20页, 内容不详。

4. George F. McLean 的《哲学与民法》(Philosophy and Civil Law—Proceedings of American Catholic Philosophical Association, Vol. 49), 1975年由 Office of the National Secretary of the Association, Catholic University of America 出版, 259页, 分为4个部分。第一部分, 法律的性质; 第二部分, 法律、理性与自然; 第三部分, 法律与社会; 第四部分, 杂项研究成果。显然, 这是一部法哲学论文集。

5. Jean - Marc Trigeaud 的《孟德斯鸠民法哲学中的自然的概念》(Le Concept de nature dans la philosophie du droit civil de Montesquieu), 1975年出版, 578页, 内容不详。此书暗示孟德斯鸠有一种民法哲学, 具体内容不详。

6. 李锡鹤的《民法哲学论稿》。其民法哲学的定义为: “民法哲学就是民法学的整体观和方法论。”^① 从内容来看, 该书研究了人格、法律的本质、民法的概念、民法的本位、民法的精神、民事主体、民事客体、民事权利和义务、民事关系和民事法律关系、民事行为和民事法律行为、民法基本原则等问题。它们基本涵盖民法首尾。

7. 奚懿的《民法哲学随笔: 从民法外来到民法中去》。^② 本书没有给民法哲学下定义, 只是探讨了民法哲学的几个问题。

艾伦·沃森认为, 相对于普通法系, 民法受哲学影响的范围更宽泛一些, 因为民法法系的体系化。^③

除了有部门法哲学外, 还有亚部门法哲学, 即关于某一部门法的一个分支的哲学。

① 李锡鹤:《民法哲学论稿》, 复旦大学出版社2000年版, 第2页。

② 江西人民出版社2007年版。

③ 参见韩伟:《私法自治的历史演变与民法体系的完善》, 复旦大学2009年博士学位论文, 第22页。

首先是《家庭法哲学》，主要讲不同人民在不同时代的家庭，例如，希腊人的家庭、罗马人的家庭等，然后讲夫妻合伙、父系社会等问题。^①

其次是知识产权哲学，同名著作的作者为德莱豪斯，该书以财产权制度的产生、发展和相关理论为脉络，通过论述、剖析三位最重要的关于财产的思想家洛克、黑格尔、马克思的作品，探讨知识产权作为在“抽象客体”（Abstract object）上设立的权利的特点，提出要用工具主义的哲学态度来指导建立跨学科的方法和知识产权理论。该书作者自己承认未提出全面综合的知识产权理论。^② 另外有两本中国人写的《知识产权法哲学》，第一本是冯晓青的，它以劳动理论、人格理论、激励理论和平衡理论为角度研究知识产权的基本制度。^③ 第二本是龙文懋的《知识产权法哲学初论》（人民出版社2003年版）。

另外，戴维·欧文（David G. Owen）编了一本《侵权法的哲学基础》，其中也未给侵权法哲学下定义，讨论多元主义、补偿性、功利主义等侵权法的基本问题。^④ 格瑞尔德·J. 波斯特马主编了一本《哲学与侵权行为法》^⑤，研究了意外事故侵权法的社会契约观念基础、侵权法与矫正正义的关系等问题，没有明显的体系性和强烈的哲学意味。

最后，夏勇于2004年出版了其《中国民权哲学》，这应该是人权哲学的一个分支。其目录如下：

① Cfr. Attilio Taddei, Storia Legislazione e Filosofia del Diritto di Famiglia, Stabilimento Tipografico, di Edoardo Perino, Roma, 1885. Francesco D' Agostino, Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto, Milano, Giuffrè, 1991.

② See Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth Publishing, 1996, pp. 1s.

③ 参见冯晓青：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社2003年版，第304页。

④ See David G. Owen (editor), Philosophical Foundations of Tort Law, Clarendon Press, Oxford, 1995.

⑤ 参见〔美〕格瑞尔德·J. 波斯特马主编，陈敏、云建芳译：《哲学与侵权行为法》，北京大学出版社2005年版。

- 序 我这十年的权利思考
- 第一章 民本与民权
- 第二章 权利与德性
- 第三章 和女士及其与德、赛先生之关系
- 第四章 人权与中国传统
- 第五章 权利发展与中国社会进步
- 第六章 公法权利生长的理论模型
- 第七章 中国乡民公法权利的生成过程
- 第八章 酷刑与功利主义
- 第九章 权利哲学的基本问题

此书的内容也不系统，似乎是个论文集。

四、部门法哲学的主观性

通过以上观察，我们可以发现，对某部门法哲学下定义往往困难，往往人见人殊，具有很大的主观性（有刑法哲学研究者把这种主观性称为私人性^①）。即使是已给出的部门法哲学的定义，我认为也存在很大的方法论缺陷：把自己的哲学性观察等同了哲学本身。我认为，哲学是一种宏观的观察视角或面对问题的一种态度，至于带着何种主观性去观察对象或对问题达成了何种处理，那是另一个问题。举例来说，说“黑格尔哲学”，不过说明黑格尔具有宏观看待问题的素质，并不能揭示黑格尔哲学的内容，加上“客观唯心主义”的定语，这样的内容就出来了，由此我们获得了对一种哲学思想的正确描述。因此，以某部门法之名冠在哲学的后缀上，形成某部门法哲学，是不正确的，至少是不确切的，它假定每个人只要从宏观的角度都会做同样的观察，

^① 参见赵秉志、魏昌东：《中国刑法哲学的发展方向》，载孙育玮、齐延平、姚建宗主编：《法理学与部门法哲学理论研究》，上海人民出版社2008年版，第265页。

会得出同样的结论，这样的假定起码就违背上面描述的事实。因此，正确的部门法哲学的命名应该由3部分构成，除了某部门法和哲学的构成成分外，必定还要在它们之前加某某主义的构成成分。我的民法哲学的全称就是新人文主义的民法哲学，与之相反的是物文主义的民法哲学（可惜属于这一方面的学者没有做过什么像样的理论建构，有点亏负“哲学”这个名号）。如此才能解释哲学流派问题，如此才没有惟我独尊的偏激。

正因为部门法哲学的这种主观性，它表现出不全面的特征，它不会是一个从首至尾的体系，而是谈论作者的独特经历决定的他认为重要的问题。因此，除非就同样的问题展开争鸣，张三的民法哲学必定不同于李四的民法哲学。

五、什么是民法哲学

由于其主观性或私人性以及由此而来的主题不确定性，我倾向于把民法哲学定义为“对民法的一种宏观观察和观察者建构的独特的价值体系”或“某个学者的独特经历和学术背景决定的他对民法的某些基本问题的哲学化研究”。

说明了民法哲学是什么，还可以从反面说明民法哲学不是什么。尽管民法在法学学科体系中在整体上具有实践法学（相对于理论法学）的性质，相当于所谓的“工科”，但在局部上它具有理论性很强的构成成分，这部分具有“理科”的性质，民法哲学即属于这一部分。

作为一个法学中的“理科”学者，我不否定“工科”学者的价值，但我却经常面临“工科”倾向者的挑战，他们对我的理论有以下评论：“玄而又玄”；“与其是为了解决问题，不如说是为了满足自己的审美趣味”；“法学的使命是解决问题，谈那么多多余的东西干什么”。我把反对我的理论倾向理解为实证主义，即强调感觉经验，排斥形而上学的主张。对于这些诘难，我想说的是，民法哲学虽然不解决

具体的操作问题，但解决元问题或根本问题，或训练人们更好地解决问题的思维。而且，相较于“工科”，它对研究者具有更大的挑战性。正因为这样，载入法学史的多半是这方面的研究者。“工科”学者要想进法学史，比骆驼穿过针眼还难。所以，有成就的“工科”学者多有想转行搞“理科”的，很少有相反的人才流动。

在中国目前的5个民法典草案中，只有我主持的《绿色民法典草案》明确声明有哲学基础，在这方面的内容最为丰富，原因就在于我有自己的民法哲学研究成果作为起草的底子。尽管如此，我们为起草民法典准备的哲学基础仍然不足，表现为只在一些宏观的问题上有哲学思考，在一些中观和微观的问题上没有这种思考，因此，许多部分满足于成为世界各国民法典有关制度的综述，但19世纪的制度和20世纪制度的精神的根本不同，仍然关注不够，例如仍然采用了正在为先进国家如德国抛弃的宣告禁治产等损害人的尊严的制度。这一实例证明了“理科”的研究与“工科”的工作的联系以及前者对后者的指导意义。

六、什么是新人文主义的民法哲学

人文主义是强调人是世界的中心的主张^①，它产生于文艺复兴的意大利，是对中世纪的以神为中心的世界观的否定。在这种意义上，我们不妨把人文主义一词中的“文”理解为“中心”的意思，把它最初反对的那种主义称为“神文主义”，请看两种主义的价值对照表：

^① 但在法学领域，人文主义有时是对古典文化的强调或对原始文献的尊重的意思，法国民法史上的人文主义学派就是如此。参见何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社1996年版，第109页。

文艺复兴前	文艺复兴后
禁欲	纵欲
来世	现世
神的权威	人的权威
接受教条	自由思考
人的智慧是何等无力	绝对主义
先有普遍性，后有个性	人的个性解放
迷信	科学
崇尚体力劳动	恢复古代的传统，崇尚闲暇
财富仅仅是维持生存的手段 而不是生活的目的	经济人假说
浪费	节俭
关系网	可计算的商品关系
英雄式的游手好闲	统治阶级的劳动化
经济学作为神学的附庸	经济学获得独立 ^①

正是由于人文主义的价值观念取得优势地位，在文艺复兴后的欧洲，精神领域发生了一系列变化，例如，法的原因由神过渡到人，社会契约论得到张扬，它意图取代神授说的法律和国家的起源论；理性主义勃兴，在民法领域，人由此被设想成理性的存在和载体，整个的主体制度依此重构，过去隐而不显的行为能力问题逐渐制度化，权利能力制度被虚化，法律行为制度得以诞生，它与主观权利的概念一起，成了统摄全部民法制度的枢纽范畴；婚姻从一种被理解为神事与人事的结合的制度逐渐世俗化，最终民事婚姻成为主流……这场革命的结果只要看近代和现代的人们说到法的时候，通常仅指世俗法就足够了，因为不论是罗马人还是中世纪人，一旦说到法，就要同时提到圣法和市民法或教会法与市民法。

^① 这张价值对照表参考了 [苏] A. 古列维奇著，庞玉洁、李学智译：《中世纪文化范畴》，浙江人民出版社 1992 年版；[瑞] 布克哈特著，何新译：《意大利文艺复兴时期的文化》，商务印书馆 1979 年版。

但人文主义很快被异化，演变为唯物主义。我们必须注意到，唯物主义是作为反对神文主义的一个流派出现的，例如古罗马的唯物主义哲学家琉善就是极为否定神的存在及其权威的，因此，唯物主义本身就是人文主义的一种形式。当神学的世界解释终结后，人们开始寻找其他的解释。达尔文找到了进化论的解释；孟德斯鸠找到了地理气候，马克思恩格斯根据尼布尔的罗马史研究，进一步找到了经济因素作为种种人文现象的原因并反过来用于解释一切人文现象。由此人们相信，尽管表面上人是这个世界的中心和主宰，实际上人本身也受着冥冥中存在的物质力量的驱策，不过处在玩偶的地位，所以最终主宰世界的力量还是物质。这种信念是对希腊式的宿命论的回归，它导致了对物质的崇拜，结果人文主义被自己放出来的物质恶魔吞没了，被唯物主义取代。

唯物主义在民法中的表现为物文主义。它基于以物为世界之中心的观点，强调民法的首要功能是调整市场经济关系，把民法解释成经济法，忽略民法的社会组织功能，并且要把民法一切与财产法无关的内容都排斥出去，形成了一场世界性的民法的财产法化运动。^①它在意大利、俄罗斯、伊斯兰国家都存在，在中国表现为商品经济的民法观，此说把民法的一切制度都被释为以商品为核心的存在，例如主体是商品所有人、客体是商品所有权、行为是商品交换，为此，它要把不能以商品解释的制度——例如亲属法和继承法——排除出民法。即使实现了它谋求的这种“排除”，它仍不能解释不作为之债等问题，因此它是一种跛脚的理论，应该以正确的理论取代它。为此，我于2001年写了《两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义》^②一文，提出了新人文主义的民法哲学。

① 关于民法的这一转折，Véase Eugenio Llamas Pompo, Orientaciones sobre el Concepto y el Metodo del Derecho Civil, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pag. 107.

② 载梁慧星主编：《民商法论丛》第21卷，金桥文化出版（香港）有限公司2001年版。

新人文主义的民法观还是总结我国立法——司法实践得来的。在立法上，我国已接受了婚姻法应该回归民法的观念，这促使我们更新过去排除了婚姻法得出的民法观念。另外，立法者广泛运用消费者的身份；司法者也广泛运用了失权人的消极身份作为法律处置手段。这些实践都使人法变得比过去重要，民法基础理论必须对此做出反映。

这种民法观还是为了完成我国未来民法典的结构设计而提出来的。根据它，我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，关于这两部分的关系，我确认人身关系法是财产关系法的基础，因为两个理由：其一，人身关系法中的人格确认的是原权，它是人格权、积极身份权、财产权的基础，后者都是派生权，当然应被后置于原权；其二，由于人身关系法的基本逻辑不同于财产关系法，应将两部分内容集中规定，形成两大规范群，由此，人身关系法的其他内容“沾”人格的“光”也被前置于财产关系法。根据这种思路，我设计了以人身关系法和财产关系法为两编制的《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文主义的民法典草案的编排。这是中国第一部人文主义的、包含拉丁因素的民法典草案。

我的新人文主义的民法哲学包括以下 10 论：名称论、对象论、平等论、能力论、生死论、认识论、人性论、价值论、生态论、契约论。名称论研究民法的演变史；对象论研究民法对象问题；平等论研究平等原则的归属问题及其适用范围问题；能力论研究权利能力制度和行为能力制度的法哲学意义；生死论研究与生死相关的前沿民法问题；认识论研究立法权与司法权的关系问题；人性论解决市民法主体的行为标准问题；价值论解决公平之标准问题；生态论阐述民法在解决生态危机中可能发挥的作用；契约论研究作为现代社会主要组织形式的契约，兼论契约的关联概念身份。这些内容分为两组，前 5 论的哲学色彩不强，后 5 论的哲学色彩要强些。

在这 10 论中，包含以下基本观点：

1. 新人文主义的民法观主张人与物的二元世界，认为这两个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质论。由于人是世界的中心为客观的、一时无法摆脱的现实，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. 新人文主义的民法观认为人是谦卑的世界中心，因为其认识能力有限；而且可以利用的资源有限，因此，人必须谦抑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，为此要采用绿色原则。这是它与老人文主义的区别，这样的绿色原则体现在人们的排放垃圾的方式中，对使用一次性物品的态度中。

3. 新人文主义的民法观基于世界的二元性把民法看成二元的：人身关系法和财产关系法，或曰主体法和客体法，基于重人轻物的理念，把前一种法看得优先于后一种法。把前一种法理解为市民社会组织法，身份为组织这样的社会的工具，公民的身份被用于社会的宏观组织。家庭的身份被用于社会的微观组织；后一种法理解为资源分配法。对两种法的严格区分是进行严格的科学研究的基础。

4. 新人文主义的民法观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文主义民法传统；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。前者在大陆法系的范围内导致了民法的财产关系法化，例如，曾经兼用于人身关系法和财产关系法的取得时效制度就被改造成了单纯的财产关系法的制度，该制度在人身关系法中的存在史仅体现为身份占有制度的残片。当然，德国物文主义民法观有追求公私法分明的技术的原因。由于民法中的人格法是公法，德国学者为了把民法塑造成完全的私法，往往把这部分内容排除，造成物文主义的外观。人文主义的拉丁法族民法从技术上看，不过接受公私法界限的含糊状态而已。我国由于清末继受大陆

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，我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，从独尊德法到兼收并蓄。

自我提出新人文主义的民法哲学 14 年来，取得了丰硕的成果：第一，搞臭了物文主义，以至于中国没有一个人宣称自己是物文主义者。我创立的物文主义概念流传开来，在目前（2015 年 3 月 5 日）的 google 上，有 897000 项查询结果。运用这个词的不仅有法学者，而且有哲学者。可以说，我推广这个词的努力成功了。而且，商品经济的民法观销声匿迹了，名声不好了，过去主张它的人现在怕丑不敢主张了，即使主张也要采用另外的旗号了，大家都宣称自己是人文主义者，在这一旗号下商量怎样理解或体现人文主义的问题。由于主张人文主义的民法观成为一种荣誉，人们开始关注这一理论的首次提出者的问题。在悼念谢怀栻老师的活动中，至少有两个知名民法学者披露是谢老师在法学所院内的一次散步中提出了人文主义的民法观，只可惜没有形诸文字。西塞罗在其《地方论》第 92 节中讲了三种辩护的方法，可以套用于贬低论敌认为有价值的东西：方法一，论敌认为重要的东西不曾存在；方法二，尽管存在但是别人干的；方法三，尽管存在但其意义并非论敌理解的那样。^① 我的感觉是，我的辩论对手们先前是用第一种方法对付我，否认存在什么物文主义；但由于人文主义民法观的茁壮成长，后来他们不得不改用第二种方法对付我，把这种主义的发明人说成别人。

第二，人文主义民法理论的成果被学者或明或暗地接受。梁慧星教授在他主编的《中华人民共和国民法典草案》（学者建议稿）中，

^① Cfr. Marco Tullio Cicerone, *I Topici*, A Cura di G. Galeazzo Tisconi, Arnoldo Mondadori Editore, 1973, p. 257.

已改变其在民法典草案大纲中关于法律关系部分先规定物后规定人的顺序，回归了先规定人后规定物的传统顺序。^①此外，王利明、杨立新、张新宝三教授于2004年合编的《民法学》在其民法对象理论部分也吸收了新人文主义民法哲学的观点，讲民法调整人身关系和财产关系。^②最后，王利明主编的《中国民法典草案建议稿及说明》第2条也规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的自然人、法人和其他组织之间的人身关系和财产关系。”在对本条的说明中，作者谓：“……将‘人身关系’置于‘财产关系’之前。之所以如此，是为了体现民法的人本主义精神……《民法通则》将‘财产关系’置于‘人身关系’之前，被批评为‘物头人身的’，是‘物文主义’的。”^③

第三，形成了一支相对独立的研究队伍。在中国的民法学研究中，已初步分出人身关系法研究者和财产关系法研究者两个小组，人们开始把自己定位为前一领域或后一领域的专家，在我与同行的日常交往中，我发现自己已被定位为前一个领域的专家；有的学生在考试文章中称我为中国的人身关系法研究的执牛耳者，这种说法可见证人们对我近年来的学术活动领域的认知。还有，人们组织学术活动也开始分两个领域进行了，例如《福建师范大学学报》已组织一组人身关系法方面的文章于2004年第1期发表。

第四，研究从宏观向微观的推进。由于相对专业的研究队伍的形成以及关注的加强，一些过去模糊的问题现在搞清楚了，例如，人格与人格权的区分，人格与身份的关系，人格的公法性，著作权中的所谓身份权到底是否名副其实，纵向的身份与横向的身份的区分，亲子关系的屈从性，诚信“小三”与恶信“小三”的区分，等等。

① 参见中国民法典立法研究课题组：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第3页及以次。

② 参见王利明主编：《民法学》，复旦大学出版社2004年版，第11页及以次。

③ 参见王利明主编：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社2004年版，第291页。

七、民法哲学的特殊地位

在2007年8月24-25日在上海师范大学举行的“法理学与部门法哲学”研讨会上，我调侃性地提出了民法哲学应比其他部门法哲学高半级的观点，此说符合我国历来关于民法地位的话语传统——民法是仅次于宪法的二级大法，言下之意是其他部门法是三级大法，与此相应，民法哲学就是高于其他部门法哲学的仅次于宪法哲学的二级法哲学。可注意到，在这一架构中，居于民法哲学上位的并非法哲学而是宪法哲学，法哲学的这种沉沦源于它没有一个部门法作为自己的依托。

我曾为民法哲学的提法失笑，那是在我读博期间在中国政法大学的食堂就餐时听到该校的出版社想邀请我写一本《民法哲学》的时候，因为我一度认为西方法哲学就是民法哲学，黑格尔的《法哲学原理》如此，凯尔森的《法与国家的一般理论》和《纯粹法学》也是如此。这些著作的关键词是财产、契约、婚姻、侵权行为等民法术语，与我国法理学著作中的关键词是暴力、镇压、阶级等形成对照。前一种是民法型的法哲学，后一种是刑法型的法哲学，两者的对比，犹如西方的民法传统与中国的刑法传统的对比。

我后来成为一名民法哲学作者，创立了包含名称论、对象论、能力论、生死论、认识论、人性论、价值论、平等论、生态论、契约论的民法哲学体系，乃因为我认识到了民法哲学与法哲学之间存在的差异，前者尽管是后者的主体，但后者毕竟包括一些非前者的内容，例如，凯尔森的《纯粹法学》在大谈主体、法律行为、法律关系后要谈国际法问题，而民法哲学的作者就不必如此了，相反，可以专门研究一下民法特有的问题，例如民法的调整对象问题，由此可以形成民法哲学与法哲学表面上的双轨制，实际上的包含制。

这不过是说，法哲学必须以部门法，尤其是民法为依托，否则会

成为无源之水，中国当代的法哲学似乎就处在此境。它依托的不是部门法，而是恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》这一缺乏严谨性的著作，这种局面是不合理的。

那么，法哲学能否依托整个的实在法呢？从理论上讲可以，我们现在的法哲学学术体制就是这样设计的，但从实际上讲不可能，因为超越了个人的认识能力。如果追求这样的目标，会形成样样通、样样松的局面，我们现在法哲学学者对部门法的自认的陌生就是对这种失败状况的证明。

如何改变？建议法哲学教授兼教一个部门法，尤其是民法的课，形成虚实结合的知识结构。法哲学的研究生也要精研部门法尤其是民法。如此要打破画地为牢的教研室体制和学科壁垒。这在美国不成问题，所以该国的法哲学有浓厚的民法取向。

部门法哲学，尤其是民法哲学的崛起构成打破部门法与法哲学之间隔阂的中介，它既是部门法的，又是法哲学的。经过一段时间的发展，民法哲学要更多地与法哲学混血，排除后者多余的刑法成分，成为后者的主体，扩大视野成为一种普遍的法哲学。为此，法哲学家不妨先成为民法哲学家。不久的将来，我们将看到法哲学出身的民法哲学研究者和民法出身的民法哲学研究者并肩工作。一句话，民法哲学的长足发展是未来中国法哲学发展的希望。