

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2018.01.009

欢迎按以下格式引用:曹贤信,赖建平.亲属立法的人性基础[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(1):92-103.

Citation Format: CAO Xianxin, LAI Jianping. On the human nature basis of family law legislation[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2018(1):92-103.

亲属立法的人性基础

曹贤信¹, 赖建平²

(1. 赣南师范大学 应用法学研究中心, 江西 赣州 341000; 2. 华南师范大学 法学院, 广东 广州 511400)

摘要:人性本身无所谓善恶,其涵盖“人的动物性”和“人的社会性”。前者涵盖性冲动和生存欲两种自然欲求,后者涵盖性结合方式和群体性生活方式两种社会要求。亲属立法并不直接以人性为基础,从人性界分到亲属立法,中间需要有婚姻家庭伦理的介入。婚姻家庭伦理是对“人的动物性”和“人的社会性”进行道德评价的结果。婚姻伦理通过性禁忌、贞操观念分别对性冲动、性结合方式进行规制,家庭伦理通过不伤害原则、“同居共财”伦理/物权平等伦理分别对生存欲、群体性生活方式进行规制,而立法对婚姻家庭伦理的吸纳采取抑路径。人性善恶假设是影响中西方亲属立法价值取向的关键原因。中国立法应以个体主义为基础,兼顾家庭本位的整体主义。

关键词:亲属法;人性界分;人性假设;个体主义;整体主义

中图分类号:D913.9 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2018)01-0092-12

任何法律都是针对人制定的,以人为起点又以人为归宿,以人性作为基础和前提。人性作为哲学命题本无好坏之分,但中西方不同的人性假设对亲属立法和司法的影响却大相径庭。人性、道德与法律这三者之间的联动关系值得深思。随着市场经济的发展,由于崇尚个体主义,过分追求个人权利和个人价值,家庭领域已呈现出利己主义和功利主义盛行的态势,给家庭亲情关系的维系设置了障碍,也对中国亲属立法造成了较大的冲击。因此,我们仍需探讨亲属立法与人性之关系问题,需认真对待人性假设以及由此产生的价值取向和具体规范问题,需进一步论证亲属立法的逻辑内在和形式外在之辩证关系,为中国民法典婚姻家庭编的制定提供有益思考与借鉴。

一、人性界分:亲属立法的逻辑起点

休谟曾说:“一切科学对于人性总是或多或少地有些关系。”^[1]人性本身具有复杂性,不是单一

修回日期:2017-09-19

基金项目:江西省社会科学“十二五”(2014年)规划项目“亲属法人性秩序的解构与立法建构研究”(14FX06);2016年国家社会科学基金项目“中国夫妻财产法律制度安排的伦理维度”(16FX019)

作者简介:曹贤信(1974—),男,湖南永兴人,法学博士,法学博士后,赣南师范大学应用法学研究中心、政治与法律学院副教授,硕士研究生导师,主要从事亲属法、法哲学研究,Email:caoxianxin88@163.com。

的,而是多层次和多维的,甚至是可变的。人性本无所谓善恶,所谓“善”或“恶”,不过是伦理道德评价的结果。婚姻家庭关系实质上是在两性关系和血缘关系的基础上建构起来的,体现了浓厚的伦理性质。这种伦理性质与人性存在着某种关联,需要我们从多维的角度去审视人性及其对亲属立法的影响。亲属法也以人作为起点,且以人为归宿,其最终目的是满足人的基本需求,追求家庭的幸福生活^[2]。亲属法所应当体现的人性,“说到底,也就是一切人与生俱来、生而固有的普遍本性”^[3-4]。本文认为,人性涵盖“人的动物性”和“人的社会性”两重性^[5-6]。一方面,人是动物,具有自然属性,具体指人最低层次最基本的生理方面的欲求,即动物性。另一方面,人作为社会人,具有区别于其他动物的特殊性,具体指比生存需求更高层次的精神方面的需求,即社会性。亲属法的人性界分应是“人的动物性”和“人的社会性”的统一体,亲属立法应当建立在“人的动物性”和“人的社会性”辩证统一的基础之上^[6]。

(一)“人的动物性”与亲属立法

人最基本、最重要的本性是“人的动物性”。恩格斯曾说:“人来源于动物界这一事实已经决定了人永远不能完全摆脱兽性。”^[7]这里的“兽性”就是人与其他动物的共同性,是人的本能冲动和欲望,是人最低层次的属性,即“人的动物性”。从人的进化过程看,人首先是动物。“人从遗传上讲是动物,从特性上讲是人,所以人既具有动物的需求,也具有人的需求”^[6,8]。从生物学意义而言,人本来就是动物,具有与其他动物相同的自然属性。譬如,吃喝拉撒以及性等作为肉体存在的必要条件,就是为了满足人自身基本需求的一种客观本能。这种本能需求本质上是一种生理需要。诚如马斯洛所言,人的基本需要存在五个层次,即:生理需要、安全需要、归属与爱的需要、自尊的需要、自我实现的需要^[9]。马斯洛强调了两类需求:人除了生理需求,还有精神需求。人的第一个层次需要就是生理需求,具体指人的本能冲动、性欲以及生存欲。也就是说,“人的动物性”主要包括人的性冲动和生存欲。无论是性冲动还是生存欲,都需要亲属立法以“人的动物性”名义进行规制。

亲属立法首先要规制人的性冲动。所谓性冲动,是指人的本能冲动、与生俱来的自然冲动。和动物一样,人对性同样有需求,人的生理特点决定了人的性冲动来自于自身的性欲。性需求是人的本性,当人发育到一定程度,身体中分泌的性激素越来越多时,就自然而然形成性冲动。“但人又与动物不同,除人类以外的依靠有性生殖的动物都有发情期,即它们只有在一年中的发情期内才有性欲和性需求,且许多雌性动物的发情期非常短暂”^[10]。而人类发情期在人类文明进化之后就消失了,以至于人类在青春期过后的任何时间、任何地点都有强烈的性需求,由此产生的性冲动就需要宣泄,毫无规则限制的杂乱性交会导导致两性关系的混乱和血缘关系的复杂化,这就与婚姻家庭伦理相悖。毫无节制和毫无秩序的性行为会带来严重的危害,不利于婚姻家庭的长久幸福和社会的和谐稳定。完全任由人的性冲动实行性行为,必然导致婚姻家庭关系的混乱与无序,因此必须用道德规范加以约束,特别是要以亲属立法的规范形式来规制人的性冲动。亲属立法正是通过一夫一妻制来固定性生活对象,维护有序的两性关系和稳定的婚姻关系,以避免无秩序性行为造成对婚姻家庭关系的强烈冲击。

亲属立法同时也规制人的生存欲。所谓生存欲,是指人为了保存和维持生命而形成的对最低层次的生活条件的需求而产生的欲望。人类历史存在的第一前提是个体生命存活于这个世界,而生存欲就是个体生命存活于这个世界的欲望。这种生存欲是人在马斯洛所言的“生理需要”层次上的最为强烈的欲望和需求。每个人都是一个生命,但生命的存在过程就是一个极力反抗死亡的过程。

程,这种求生的本能就是生存欲。诚然,个体力量于世间显得过于薄弱,个人依靠个体力量难以存活,只有依靠一个由个体联合的群体力量才能保证得以生存。而人强烈的生存欲望促使人以群体形式去生活,家庭成为了人们的必然选择,人们需要以家庭这样的群体形式共同生活。但为了维护家庭的有序化和防止家庭的急剧解体,家庭的维系就需要在一定的规则之下进行,这就需要亲属立法对婚姻家庭关系进行规范和调整。例如,通过对结婚条件的规定,达到禁止不符合条件的人结婚之目的,从源头上防止对婚姻家庭的破坏;对法定夫妻财产的规定,是为了维系夫妻关系,明确共同生活体的财产权利和义务;而对制止家庭暴力的规定,则是为了避免家庭群体生活的成员之间发生人身侵害事件,同时对受害人予以救济。

(二)“人的社会性”与亲属立法

人不仅具有动物性,同时还具有高于动物性的特殊需求,即“人的社会性”。人之所以为人,源自于人的社会交流和联系。离开了社会,人只能动物性地活着,而不能完整地称之为“人”。所以人不仅具有动物性,而且还具有社会性。“人的社会性”是指“人在实践中从他们所依存的社会文化中获得特性,这包括人的社会角色以及按一定的社会生活和文化背景形成的价值观念、道德规范和人应该如何处理人的生物本能的一系列规则”^[11]。“人的社会性”是人所特有的比生理需求更高层次的属性,譬如语言、情感、理想、信仰、思维、心理等精神方面的需求,而这些属性动物不具有。“人的社会性”包括性结合方式和群体性生活方式。性结合方式是人类追求性爱,为了永久目的而共同生活的结合方式。人天生具有性冲动,进而产生性行为。动物的性行为仅仅是为了发泄,而人类性行为则充满感情,在于追求幸福和快乐,所以人类除了性冲动,还有性爱。“性对于人和人类社会有着重要的意义和价值,这是性权利生成的先行条件,正是因为性对于人具有生育、快乐、健康、建立和维系人际关系等价值,它才能给人带来某种利益,它才能催发人的一种需求”^[12]。如前所述,从马斯洛第二个层次开始的都需要都属于精神需求。该理论间接地对性生活的安全、爱、尊重、探索和美提出了要求,这便是对性爱的追求。群体性生活方式是基于一定关系组成小群体共同生活的方式。在生产条件极其落后的情况下,一个人仅靠自己的力量根本无法生存,为了生存,只有群体互相依赖,于是自然形成了原始群。人是生活在社会中的人,人要存活在社会中就必须拥有一定的生活空间,构建一定的人际社会关系。如果一个人离群独居,放弃生活空间,远离人际社会关系,人就不可能存活,也将不能称之为“人”。亲属立法不仅规制人的性冲动和人的生存欲(即规制“人的动物性”),同时也规制性结合方式和群体性生活方式(即也规制“人的社会性”)。

婚姻是人类追求性爱的性结合方式。婚姻是根据人性界分产生的,即为了满足性需求,在规制性冲动的基础上进一步规制性结合方式而产生的结合体。人类为了追求性爱、避免性秩序混乱、满足羞耻感而发明了一种合乎道德文明的性结合方式——婚姻。男女为了终生满足相互性需求,能永久性地共同生活,能生儿育女繁衍后代而建立婚姻关系,因此婚姻关系无可避免地具有伦理色彩。在法治社会,亲属法通过法律婚姻的一夫一妻制将两性关系固定下来,将两性的性关系约束在夫妻双方之内,结束杂乱性交的无序状态,使人类性冲动得以满足和性爱得以实现。例如,亲属法通过结婚条件来防止婚姻脆弱,而通过离婚条件来避免因婚姻双方主体的主观任性导致婚姻关系解体的任意性,以确保婚姻长期的相对稳定。婚姻关系是亲属法规制性冲动和性结合方式的结果。

家庭是人类追求的最基本的群体性生活方式。人类追求这种群体性生活方式的结果是形成了以两性关系和血缘关系为纽带的家庭组织形式。“从人性的角度来看,家庭是情爱、性爱、占有欲、

嫉妒心、义务感、责任心共同作用的产物。家庭可以用这样一个公式来表示:性爱+情爱+责任”^[6,13-14]。可见,家庭是人性的产物,家庭满足了人们的群体性生活需求,同时又需要通过亲属法固化家庭的群体性生活方式。在家庭生活中,人有情感上的交流和精神上的依赖,但家庭成员之间在生活中难免会产生冲突和矛盾,这就需要亲属法通过规制家庭关系来调和夫妻之间、亲子之间和其他家庭成员之间的内在矛盾和冲突,即需要亲属法通过对家庭成员之间人身关系和财产关系的规制来实现对群体性生活方式——家庭的规制。其中,人身关系主要包括夫妻人身自由权、夫妻姓名权、夫妻忠实义务、夫妻同居义务、夫妻婚姻住所决定权、夫妻日常家事代理权、子女照顾权等内容;财产关系以身份关系为前提,有别于民法其他财产法所调整的财产关系,主要包括夫妻财产制、夫妻间扶养权利义务、夫妻间遗产继承权、子女抚养义务、家庭财产权等内容。亲属法通过对这些内容的调整,目的在于促进亲属关系的团结和稳固。家庭关系是亲属法规制生存欲和群体性生活方式的结果。

综上所述,人性与亲属立法息息相关。性冲动和生存欲是“人的动物性”的产物,性结合方式和群体性生活方式是“人的社会性”的产物,亲属法是对“人的动物性”和“人的社会性”规制的结果,从而产生了法律意义上的婚姻关系和家庭关系。但问题是,人性与亲属立法并不是直接的因果关系,从人性界分到亲属立法,是否需要借助某种桥梁来衔接彼此之间的关系呢?

二、伦理规制:从人性界分到亲属立法的逻辑理路

如前所述,人性与亲属立法有着密不可分的联系,但人性与亲属立法并不是直接的因果关系。换言之,亲属立法并不是直接以人性为基础的,从人性界分到亲属立法,中间需要有婚姻家庭伦理的介入。婚姻家庭伦理是对“人的动物性”和“人的社会性”进行道德评价的结果,伦理意义上的婚姻家庭关系正是这种婚姻家庭伦理的直接体现。不同的地域环境、不同的文化背景就有不同的婚姻家庭伦理。依靠每个人的伦理自觉难以形成整个社会的有序婚姻家庭关系,这时就需要一种具有有效强制力的统一规范来规制婚姻家庭行为,于是亲属法应运而生。

(一) 婚姻家庭伦理对人性的规制

1. 婚姻家庭伦理对“人的动物性”的规制

婚姻伦理以规范“人的动物性”的性禁忌为基础^[14]。也就是说,婚姻伦理通过性禁忌对性冲动进行规制。性冲动是人的正常生理需求,不同历史时期的伦理对性的要求不一样。原始社会主要是以性禁忌的方式来规范性行为,性禁忌是最早的社会规范之一。人从类人猿进化成人,在完全形成人之前的婚姻状态以杂混性交的形式存在,与动物的性关系最为相似。后来人类总结经验,发现杂混性交不利于人类自身的健康发展,于是禁止杂混。母系氏族社会性禁忌就是禁止族内婚,而允许族内的任何人自由与族外任何人结婚。原始社会婚姻关系的目的仅仅是为了解决生理需求和繁衍后代,没有到达性爱的程度。古代性禁忌是通过约定俗成的习惯来规制“人的动物性”并长期维持下去。可见,性禁忌就是对人基于动物性产生的生理需求进行规范的道德规范,由此产生了婚姻伦理。在西方古希腊、古罗马时期,把性与神圣、神话、宇宙联系在一起,是一种神化的性观念。由于性可以繁衍后代,于是又产生了性崇拜。从古希腊、古罗马的神话故事中可以看出人们对性的崇拜和开放程度。中世纪基督教对性冲动持否定态度,认为性本身是一种罪恶,性行为反抗社会的道德伦理会导致社会秩序混乱,人的欲望需要重新安排,只能承认和接受为生育和繁衍子孙为目的的

性。中世纪性禁忌强调禁欲主义,把女性以及性视为罪恶的深渊,以上帝的名义遏制人们追求人性意义上的幸福生活,以此来规制性冲动。近代西方最初对性的认识局限于生物学上,之后对性有了重新认识,越来越接受性,对性的开放程度也越来越包容。

家庭伦理通过不伤害原则对生存欲进行规制。不伤害原则是指人们在为了满足自己的需求而追求某种利益时,不伤害他人的利益。每个人都有抗拒死亡的强烈生存欲,但人们在保有或维持生存欲的同时有责任 and 道德义务不伤害他人,这就是不伤害原则的伦理基本要求。也就是说,对可能发生的伤害,不伤害原则要求尽量避免或防止,即使不能给他人带来利益,但至少有责任不能伤害他人,其带有功利主义的色彩,讲求利益的最大化。不伤害原则重在关注人们的内心动机,以伦理规范的形式来否定对他人产生伤害的行为,以传统习惯、内心信念的形式来强化其伦理规制。不伤害原则要求人们在施行一定行为时动机应是向善的,强调的是自身内心的道德自律,重在塑造人的心灵,防患于未然。因此,不伤害原则是对生命最起码的尊重,是伦理的基本要求,是保有或维持生存欲的道德义务,为人在家庭范围内进行群体生活提供了可能性。在家庭生活中,不伤害原则通过伦理规范对伤害行为进行否定来营造一种和睦的家庭氛围,要求每一个家庭成员都必须内心承担不伤害的道德义务以防止和避免家暴行为与虐待家庭成员的行为。

2. 婚姻家庭伦理对“人的社会性”的规制

婚姻伦理通过贞操观念对性结合方式进行规制。传统社会的贞操观念是对两性关系的伦理基本要求。贞操观念最初是针对男女双方的,并非仅仅针对妇女,之后却走向极端化。在古代男权思想影响下,对男性纳妾根本不存在贞操的道德要求,只要求女子单方面遵守贞操义务,这是男权对女性片面的要求,所谓“饿死事小、失节事大”。女性的贞洁被视为高于生命的操守,否则会蒙羞终生,难以嫁人,会遭受虐待,失去对幸福生活追求的机会;而对于不失身和从一而终的女性则通过立贞操牌坊予以鼓励与表彰。这是一种对女性生命的不尊重,对女性个体价值的否定。由贞操观念衍生而来的“三纲”和“三从四德”伦理规范体现了对古代女性的片面要求,这种夫为妻纲的行为规范直接导致了中国古代社会男尊女卑的文化传统。当下中国,贞操观念虽逐渐淡化,但影响仍然存在。在西方,婚姻伦理早先也是通过贞操观念对性结合方式进行规制。在圣经《创世纪》中,亚当和夏娃的结合是上帝意志的体现,为终身赎罪,必须遵循一夫一妻原则。中世纪基督教认为,婚姻是神圣的,具有不可离异性。19世纪,马克思、恩格斯批判了婚姻关系的宗教化和神秘化,他们认为婚姻是世俗的,且可以在一定条件下离异。近代西方,在性解放观念的影响下,基于霭理士曾提出的性道德五根理论柱石,即婚姻自由、女子经济独立、不生育的性结合与社会无关、女子性责任自决自负,以及性道德的最后对象是子女^[15],快乐主义性道德理论认为,男女两性都有平等追求性快乐的权利。

中国家庭伦理通过“同居共财”伦理对群体性生活方式进行规制。“传统中国社会是一个以血缘为纽带的宗法社会,家庭生活是社会的最基本生活,家庭伦理是整个社会伦理的原型,传统社会特别注重家庭伦理道德的建设”^[16]。传统中国比较注重家庭财产的整体性,在“同居共财”伦理之下,不存在具有独立人格的个体,家庭成员是家庭伦理实体的组成部分,并以家庭共同体的形式存在于社会活动中,家庭内部相对封闭。家长实际支配家庭财产,而家庭成员无法独立支配自己通过劳动获得的财产,在经济上无法独立,不得不服从家庭。“同居共财”是中国传统家庭的组织形式和基本原则,维系着中国传统家庭稳固长存。西方家庭伦理则是通过物权平等伦理对群体性生活方式进行规制。在文艺复兴思潮背景下,个人独立意识被逐渐唤醒,呼吁个性解放,追求个人价值,形

成了以个人为中心的权利思想。“在经济上,西方家庭较早地由家长制家庭公社过渡到财产个人私有的个体家庭”^[17]。每个家庭成员都具有独立的人格,且不会被家庭所吸收,其可以作为社会主体而自由进行社会活动。西方家庭的子女具有独立意志,每个家庭成员在经济上独立,都可以拥有私有财产所有权。物权平等伦理推崇个体主义的独立人格,私有财产所有制构成了家庭生活和社会生活的基础。

(二) 亲属立法对婚姻家庭伦理的谦抑

1. 亲属立法对性禁忌和不伤害原则的谦抑

如前所述,婚姻伦理对“人的动物性”的规制,是通过性禁忌和不伤害原则分别对性冲动和生存欲进行规制。这些婚姻伦理规范在法律上的体现就是亲属法。中国亲属法中关于直系血亲和三代以内旁系血亲禁止结婚的规定源自于性禁忌伦理中的禁止族内婚规范,也是基于生儿育女繁衍后代的考虑,其目的是减少子女患有先天性疾病,维持人类自身的健康发展。在性禁忌伦理影响下,为防止任意的性关系和杂乱性交现象的发生,亲属法规定男女双方无配偶才能结婚,进一步在法律层面维护婚姻的秩序性,避免无秩序的性行为造成对婚姻关系的强烈冲击。虽然以性禁忌为主要内容的婚姻伦理在法律上的体现是一夫一妻制度,但法律对性禁忌的规制也是有限度的,不可能对所有婚外性行为都予以规范。中国现行亲属法只规范了重婚、有配偶者与他人同居的法律后果,如规定诉讼离婚标准、离婚损害赔偿责任,而有关通奸、一夜情等没有严重危害到一夫一妻制的婚外性行为仍由道德调整。这充分反映了具有技术性、可操作性的法律不可能对夫妻忠诚义务的道德问题大包大揽。对于不伤害伦理原则,中国亲属法和反家庭暴力法都规定了家庭暴力的法律后果。实施家庭暴力,以及虐待、遗弃家庭成员的行为,可构成判决离婚的标准,当事人可诉请离婚损害赔偿。对于不以离婚为条件的家庭暴力,中国反家庭暴力法详细规定了人身安全保护令的申请、审查、裁定、送达、执行等,其目的在于保护受暴者及其子女和特定亲属的人身安全。这些法律规定都是不伤害伦理原则的体现,但不是全部。因为反家庭暴力法对家庭暴力的概念内涵没有包括夫妻性暴力(性虐待、婚内强奸)、冷暴力,这些仍由道德调整。

在西方,亲属立法也批判地吸收性禁忌伦理和不伤害原则。在基督教看来,性本身是一种罪恶。伦理上对性是抵触和排斥的,只承认繁衍子孙的性。虽然之后经历性解放,西方对性有了重新认识,对性的开放程度也越来越包容,但其亲属立法在尊重男女双方性自由的前提下,仍规定一夫一妻制。不过,有些国家立法对一夫一妻的内涵发生了改变,允许同性恋者以同性婚姻或民事伴侣方式结合,这恰恰是婚姻伦理时代变迁后的法律体现,原因在于:一是因为性禁忌伦理已经局限于很小的范围,该范围一般是直系血亲和一定范围的旁系血亲,同性婚姻或民事伴侣是性自由和性解放的必然。二是因为不伤害原则的扩大适用,即不伤害原则在制止家庭暴力和保障个体人格独立的同时,已类推适用到性行为对象的选择上。在无伤他人的原则下,只要是个人意思的真实表达,都应当予以尊重,包括同性性行为。当然,无论如何性解放,西方亲属立法实际上一直在坚持一个伦理底线,那就是一夫一妻制。

2. 亲属立法对贞操观念、“同居共财”伦理/物权平等伦理的谦抑

中国亲属立法批判地吸收贞操观念和“同居共财”伦理思想。贞操观念潜在地要求女性从一而终,中国古代所要求的“七出三不去”就是其在离婚条件上的限制。至现代,不管贞操观念如何变迁,男女双方依然是婚姻的主体。“自1950年《婚姻法》明文规定婚姻自由和禁止干涉寡妇再婚自

由以来,一女不事二夫的封建礼教进一步消解,对女性再婚的偏见也日渐减少”^[18]。现在虽不再要求从一而终,但婚姻关系存续期间性行为的单向性、纯洁性仍得到法律一定范围的规制,如前文所述的禁止重婚、有配偶者与他人同居。同时,亲属立法通过协议离婚制度和诉讼离婚制度来破解贞操观念对男女双方性行为的约束。也就是说,法律对贞操观念的规制只限于两个方面:一是限于婚姻关系存续期间;二是限于严重危害一夫一妻制的行为。法律对婚前和离婚后的贞操观念并无规制之必要。在“同居共财”伦理上,亲属立法也是有限度的。中国立法对法定夫妻财产制的规定是婚后所得共同制。在没有实行约定财产制的情况下,夫妻在婚姻关系存续期间所得的劳动性收入和投资性收益以及其他应当归共同所有的财产都属于夫妻共同共有,但婚前财产和婚内个人特有财产仍属夫或妻个人所有。这种立法规定已不再是传统意义的“同居共财”,即杜绝了婚前财产、婚后个人财产与夫妻共同财产发生财产混同的可能,当然这与个体人格独立的理念有关。

在西方,如前所述,基于霍理士提出的性道德理论,人们对性更加开放,更加尊重个人的性自由。其立法同样尊重根据个人意愿建立的婚姻关系,即使婚姻关系的主体是同性,也不排斥。任何人都无权干涉他人的结婚自由和离婚自由。在物权平等伦理上,“财产权被认为是人的一种天赋权利,这也就是说享受财产权是人及其生存的一个重要特征。享受财产的权利是人成为人的要件之一,是确保人被当作人来对待的基本权利”^[19]。无论法国民法典对夫妻共同财产制的规定,还是德国民法典对剩余共同财产制的规定,必然都是对人性关怀的一种体现,在更深的层面上就是对夫妻生存样态的关怀与对夫妻多样生活方式的鼓励,即是对人性多元化的认同与提升。不论是洛克的人性论,还是黑格尔的自由意志说,抑或是休谟的财产道德论,从夫妻财产制的构造基础看,归根结底都是对人的关注。夫妻个人财产权为夫或妻的物质性生活提供了强大的基础与动力。没有这一基础与动力,生命权就成为无本之木,自由也就会失去了保障,所以个人财产权便是夫或妻在社会中实现人格独立、自我发展的前提^[20]。夫妻共同财产权又是夫妻双方的精神性生存的依托。取消了一定范围的夫妻共同财产权,也就取消了夫妻道德生活的可能。

三、人性假设:影响中西方亲属立法价值取向的关键原因

中国传统人性假设的主流是以孔孟为代表的性善论,而西方人性假设却是以性恶论为基调的。不同的人性假设对亲属立法的影响大相径庭。以性善论为理论基础,可以最大程度地发挥仁爱道德的作用,促进家庭和谐稳定;以性恶论为理论基础,可以促进亲属法的个体主义构建,最大程度地发挥亲属法的规范作用。

(一) 中国亲属立法的人性假设

中国对人性问题进行集中讨论与争辩最早发生在先秦时期。当时,先哲们以人性善恶之辨推演道德善恶之终极标准,构筑道德的形而上学,并在此基础上论证和构建社会的政治伦理教化措施与人格心性修养的践履途径^[21]。性恶论的代表是荀子,他认为人性“好利而疾恶”“喜利而恶罪”^①。也就是说,人生来就有各种欲望,因而在追求欲望的过程中不可避免会发生争斗伤害,不可能像仁人君子一样只讲仁义道德,所以人性是恶的,善是伪装出来的。中国传统社会深受儒家思想的影响,传统人性假设的主流也是以儒家孔孟为代表的性善论。孟子认为,“人性之善也,犹水之就下

①《荀子·性恶》。

也。人无有不善,水无有不下”^②。也就是说,人的本性为善,仁义礼智就是人性善的集中体现,若保持自己善的本性,人皆可以为尧舜;但受到外界物欲横流的诱惑和污染就可能乱了本性而变恶。因此儒家推崇道德修养,讲求道德的教化功能,用伦理道德教化民众。贯穿于整个中国传统社会的“义利之辨”“理欲之争”的人性争辩,以及“养浩然之气”“化性起伪”的道德实践之争,都与儒家高扬公利、排斥私利有关,其孕育的群体意识是整体主义价值观。“个人只有在整体性中(家族、集团或是国家)才能昭示出自己的存在和全部意义,个人的意志、情感也只有群体关系中才能体现出来,个人的价值只能在整体社会中得以实现”^[22]。在个人与家庭的关系中,法律以“亲亲”规定着家庭成员之间的关系,以满足孝、悌、慈、友等伦理要求,同时再以“仁内,恩断义”思想强调家庭责任,要求成员为了家庭整体利益而牺牲个人利益。在个体与国家的关系中,法律则以“尊尊”规定着对个体对国家的行为准则,以体现仁、义、礼、智、信等纲常要求。这就构成了中国传统价值观以整体为本位,立法比较注重家庭整体利益,把家庭视为独立地位的民事主体。

一个以人性善预设为前提的法律制度,更容易产生对美好情感的追求。恩格斯曾言:“如果说只有以爱情为基础的婚姻才是合乎道德的,那么也只有继续保持爱情的婚姻才合乎道德。”^[23]马克思曾表达:“从婚姻法上说,‘不合乎伦理行为’不是‘法’,‘婚姻的意志即这种关系的伦理实体’才是法的内涵。”^[24]因此,基于马克思主义婚姻伦理观,现行《婚姻法》以人性善为预设前提进行制度构建,其显著特征体现在第4条^③和第32条^④。《婚姻法》第4条充分体现了性善论的倡导性和导向性作用。为落实该法第4条人性善的道德倡导,该法明文禁止重婚,禁止有配偶者与他人同居,禁止家庭暴力以及禁止家庭成员间的虐待和遗弃,并规定了这四种行为的离婚损害赔偿^⑤。同时,基于孝、悌、慈、友的性本善要求,该法规定了子女对父母有赡养义务^⑥,夫妻间有互相扶养义务^⑦,父母对子女有抚养教育义务^⑧,祖对孙、兄姐对弟妹有有条件的抚养义务^⑨等。为强调夫妻感情的正当性要求,《婚姻法》第32条规定了“感情破裂”的诉讼离婚标准。“感情破裂”强调感情在离婚中的作用,符合人们对婚姻的理性追求,也尊重了人的精神需求,有利于发扬人性之善,鼓励婚姻义务的履行^[25]。为鼓励夫妻积极履行家庭义务,发扬人性善的优点,现行《婚姻法》还规定了夫妻法定财产制和离婚经济补偿制度,明确承认家务劳动的价值,以达到救济家务劳动方的目的。因此,现行亲属法律制度的构建是以人性善预设为前提的,由此确立了亲属法的伦理价值取向,即《婚姻法》第4条可被看作是亲属法伦理价值取向的法条表达^[26]。

(二) 西方亲属立法的人性假设

在西方社会,随着中世纪教会权威的衰落,以忏悔为中心的实践约束方式渐渐丧失了它的社会

②《孟子·告子》。

③《婚姻法》第4条规定:“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。”

④《婚姻法》第32条规定:“男女一方要求离婚的,可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。人民法院审理离婚案件,应当进行调解;如感情确已破裂,调解无效,应准予离婚。有下列情形之一的,调解无效的,应准予离婚:(一)重婚或有配偶者与他人同居的;(二)实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的;(三)有赌博、吸毒等恶习屡教不改的;(四)因感情不和分居满二年的;(五)其他导致夫妻感情破裂的情形。一方被宣告失踪,另一方提出离婚诉讼的,应准予离婚。”

⑤《婚姻法》第2条、第32条、第46条。

⑥《婚姻法》第21条。

⑦《婚姻法》第20条。

⑧《婚姻法》第21条、第23条。

⑨《婚姻法》第28条、第29条。

普遍性,代之而起的是西方社会新的法律制度。如果说,忏悔的行为方式的基础是人类原罪说,那么,近代西方法律制度的伦理基础则是“性恶”论。西方近代哲学和伦理学,既肯定了人追求幸福、快乐的天然正当性,又强调人的本性是“恶”。人性恶作为近代西方人性理论的主导性观念,与“原罪”说一样,否定人通过自觉自律而成贤成圣的可能性^[27]。与中国传统伦理强调个体服从整体的精神不同,西方伦理重视个性和个人发展,提倡个人主义和利己主义。“近代资产阶级功利主义则把个人利益作为道德标准,认为本性自私的个人在追求个人利益过程中,也就增加了社会公利。因此,个人的利益满足和提高合乎道德,利即义。18世纪英国伦理学家孟德维尔提出私恶即公利的观点,就十分明确地表达了利即义的道德观”^[28]。利即义的观点,从道德上充分肯定了人们狂热追求金钱的合理性,但也容易导致人文主义被物文主义所吞噬之消极后果^[29]。

如果设想中的目标社会是一个以正义为主要美德的法治社会,那么人性恶或者“人性自私”就是一个恰如其分的设定;这个命题的逆命题同样成立,一个以人性恶为基本前设的制度必然会导向以正义为主要美德的法治社会^[30]。近代以来,西方的工业化进程使得由于利益的驱动而撩拨人性恶的一面得到了充分的展示,因此对人性之恶如何进行约束的问题就势必提出。人性恶之所以能产生,是因为利己主义在作祟,而利己主义必然会产生个体主义,这些都会直接或间接影响西方亲属立法。因此,从形式层面看,确保夫妻人格独立和强调个人独立财产意识是立法个体主义的结果。但从实质而言,起决定作用的是人性恶假设。人性恶假设有利有弊,其优势是有利于促使亲属法形成一套抑制“恶”的理性制度,从而间接地鼓励家庭成员向善;其弊端是给夫或妻追逐个人利益提供了合理性论证,而亲属法还只能对某些“恶”保持歉抑的态度,不能完全实现理想主义的“善”。因此,西方研究者认为,在强调个人自由、平等的价值取向的引导下,人们必然会对离婚、同居、非婚生育、同性恋婚姻等非传统现象的包容程度越来越高,家庭形态必然会日益呈现多元化。应当看到,西方婚姻的“双重去制度化”(即在法律和行为两个层面)、“后现代家庭”“后家庭时代的家庭”等逐渐代替了“现代核心家庭”的核心概念,其特征是流动的、不确定的和重组的,加之个体的选择机会越来越多,人们对单身、丁克家庭的接纳程度提高,夫妻双方越来越少地受到传统婚姻家庭伦理规范的约束,最终导致婚姻从制度化转向伴侣婚姻,又从伴侣婚姻转向个体婚姻,即个体更多地考虑婚姻带给自己的满足感和自我发展机会,而不是对伴侣的效忠和奉献^[31]。但是,经过性解放而造成的大量未婚母亲、问题少年,以及丧失了主流价值观的“垮掉的一代”“迷茫的一代”难题的西方社会,开始出现了“回归家庭”“回归传统”的意识形态和公共政策导向^[32],如美国《家庭法》以及美国政府都把维护家庭的稳定作为家庭法的首要目标^[33]。

(三) 中国亲属立法对个体主义和整体主义的取舍

基于人性善假设,中国亲属立法的价值取向在于实现婚姻美满和家庭和谐,从立法本位而言,比较强调家庭成员在家庭中的责任和义务,注重家庭的整体利益。但自2001年修正《婚姻法》之后,随着近十多年经济的发展,人们物质财富日益增长,夫妻个人财产意识也随之显现、强化,特别是对不动产的归属意识尤其强烈,于是婚姻纠纷、财产纠纷越来越多,情况越来越复杂。就夫妻而言,终结双方人身关系和财产关系的方式有两种,即协议离婚和诉讼离婚。当事人之所以起诉离婚,无非是双方在离婚与否、子女抚养、财产分割这三项事项上至少有一项达不成一致意见。面对日益复杂的离婚案件,为了统一《婚姻法》的适用标准,最高人民法院分别于2001年、2003年和2011年就如何适用婚姻法作出过解释。这三次解释主要解决婚姻效力、离婚判决标准、子女抚养、财产

归属与分割等适用问题,其中绝大部分条文解决的是财产归属与分割问题。纵观1950年《婚姻法》、1980年《婚姻法》、2001年《婚姻法》,以及2001年后的三次司法解释,有关夫妻财产范围的立法与司法演变呈现出五种趋势:一是个人财产不因婚姻延续转为夫妻共同财产,主要表现为取消个人财产转化为共同财产的规定;婚后个人财产收益之归属被类型化处理,该收益并不全是夫妻共同财产。二是无偿取得且可归为共同财产的范围在缩减,主要表现为父母为夫妻双方出资购买房屋时“赠与”的意思表示的推定依据发生变动;作为附加条件赠与的“彩礼”是否应返还,司法解释经历了绝对化到类型化的处理方式;约定采取限定共同制的适用空间在缩小。三是夫妻共同财产物权利益的债权效应在扩散,主要表现为一方婚前按揭贷款且登记于其名下的不动产归其个人所有,离婚时共同还贷的另一方成为其债权人;购买以一方父母名义参加房改并登记于其名下的房屋属于该父母方所有,夫妻共同财产所有权彻底沦为债权;夫妻一方擅自出卖共有房屋,离婚时另一方成为其债权人。四是夫妻共同财产期待利益的实现概率在降低,主要表现为养老金期待利益不属于夫妻共同财产范围;知识产权期待利益不属于夫妻共同财产范围。五是夫妻共同财产妨害行为的制裁提前至婚内,主要表现为将严重侵害夫妻共同财产利益的行为、不同意支付重大疾病医疗费的行为明确规定为可请求分割夫妻共同财产的基础。上述五种趋势归结为一点,就是基于法定的婚后所得共同制而产生的夫妻共同财产范围在逐渐缩小。相对应的是,夫妻个人财产范围在逐渐扩大,夫妻个体主义的法律认同在逐渐强化。因此,要质疑的是,现行夫妻法定财产制与其说是婚后所得共同制,不如说是以分别财产制为基础的共同制,以家庭本位的整体主义立法开始为个体本位的个体主义立法所取代。

个体主义注重个人利益,强调每个人都平等地拥有独立的地位和人格,却忽视家庭成员之间的亲情维系,淡化家庭成员之间相互的家庭责任感。西方“性恶论假设下之人格必然呈现为一种对抗型人格结构,即每一个主体之人格具有内在自主性及外在对抗性,使具体之个体与他人区分开来,籍此于法律上获得一种个体价值立场认同与行为自由权利”^[34]。在人与人的关系活动中,每个人都以追逐自己的私利为目的,而并不太关心对方的利益,甚至是以对方为手段,这样就会导致人与人的关系活动无法平衡,所以就必然要求双方做出一定的妥协,这样也就在一定程度上限制了双方追求私利,使人与人的关系活动达到平衡。因此,西方个体主义也有其积极意义的一面,其立法推崇个体主义,具有一定的合理性。在中国,独立自主的夫妻财产观正在被越来越多的人所认同,特别是在房价高企的今天。但与西方孤立型、原子化的核心家庭相比,中国城市的核心家庭与血缘、姻缘、地缘网络保持紧密联系,农村的扩大家庭尤甚。在中国,虽然个体独立自主,但家庭成员仍相互依存;虽然重视个人利益,但更重视家庭的整体利益,抚养子女、赡养父母义务在民众伦理观念中仍优先于个人利益。也应当看到,整体主义从来不会因为家庭存在而具有正当性,因为作为家庭的一员,首先必须是个体的人。整体主义并没有首先将家庭成员视为独立的个体存在而赋予其独立的人格,却要求家庭成员服从于家庭并承担家庭义务,忽视甚至是放弃个人利益。这是对权利义务一致性原则的违背,是对人的否定,也是对人的权利的侵犯。因此,中国亲属立法也不能一味迁就整体主义。中国传统家庭伦理观虽然“有专制的、权威的因素,但也有‘平等’‘爱’‘和’三个积极因素。我们可以把‘平等’‘爱’‘和’提升为现代家庭伦理三原则”^[35-36]。因此,亲属立法应当以此作为对个体主义和整体主义进行取舍的平衡点。也就是说,中国亲属立法不能单纯地采用个体主义或整体主义,而应当以个体主义为基础,兼顾家庭本位的整体主义^[37]。总之,中国亲属立法应当注

重个体权益,以个体主义为前提承认每一个家庭成员具有独立人格,同时兼顾家庭本位的整体主义,强调行使权利和履行家庭义务具有一致性,保持和促进家庭内部情感的升华,构建尊重互助、和谐稳定的家庭关系。

参考文献:

- [1] 休谟. 人性论[M]. 关文运,译. 北京:商务印书馆,1980:6.
- [2] 曹贤信. 论亲属法的伦理精神[J]. 伦理学研究,2013(2):79-82.
- [3] 王海明. 人性概念辨难[J]. 人文杂志,2003(5):1-10.
- [4] 王海明. 几个人性难题之我见[J]. 长春工业大学学报(社会科学版),2008(1):1-10.
- [5] 曹贤信. 亲属法的伦理性及其限度研究[M]. 北京:群众出版社,2012.
- [6] 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[J]. 重庆大学学报(社会科学版),2013(5):126-134.
- [7] 马克思恩格斯选集:第三卷[M]. 北京:人民出版社,1972:110.
- [8] 穆蒂莫·艾德勒. 六大观念:我们据以进行判断的真、善、美 我们据以指导行动的自由、平等、正义[M]. 郝庆华,薛莹,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1998:204.
- [9] 亚伯拉罕·马斯洛. 动机与人格[M]. 许金生,译. 北京:中国人民大学出版社,2007.
- [10] 李拥军. 性权利存在的人性基础——中国当代性行为立法不能省略的维度[J]. 华东政法大学学报,2008(3):10-17.
- [11] 陈福胜. 法治人性基础的三个视域[J]. 北方论丛,2004(6):115-119.
- [12] 李拥军. 性权利研究[D]. 长春:吉林大学,2007.
- [13] 唐雄山. 人性平衡论[M]. 广州:中山大学出版社,2007:127.
- [14] 曹贤信. 亲属法的伦理性及其限度研究[D]. 重庆:西南政法大学,2011.
- [15] 周玉珍. 对人类性伦理模式的探讨[J]. 中国医学伦理学,2005(6):42-44,82.
- [16] 李桂梅. 冲突与融合:传统家庭伦理的现代转向及现代价值[D]. 长沙:湖南师范大学,2002.
- [17] 潘会贤. 中西方家庭伦理比较研究[J]. 黑河学刊,2009(1):139-141.
- [18] 徐安琪. 家庭价值观变迁:去传统化? 去集体主义化? [J]. 中国研究,2012(2):171-199,245.
- [19] 徐清飞. 物权法的人文精神检讨[J]. 法制与社会发展,2006(6):59-62.
- [20] 徐清飞. 物权的人文主义解读[J]. 理论参考,2007(6):28-29.
- [21] 李建国. 教化与超越:中国道德教育价值取向的历史嬗变[D]. 武汉:华中科技大学,2010.
- [22] 郑杭生,江立华. 论中国古代个人与社会关系的思想[J]. 中南民族大学学报(人文社会科学版),2004(4):18-22.
- [23] 马克思恩格斯选集:第四卷[M]. 北京:人民出版社,1972:78-79.
- [24] 孔庆明. 马克思恩格斯论权利与法[J]. 文史哲,1992(1):5-13.
- [25] 冉启玉. 人文主义视阈下的离婚法律制度研究[M]. 北京:群众出版社,2012:177.
- [26] 曹贤信. 亲属法的伦理价值取向及其立法对策[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版),2012(4):125-129.
- [27] 方同义,张瑞涛. 中西文化比较纵横谈[M]. 北京:中国文史出版社,2005:96.
- [28] 章海山. 中西伦理思想比较研究初探[J]. 学术研究,1993(2):65-70.
- [29] 王淑梅,王娅. 中西伦理比较漫谈[J]. 长春师范学院学报,2001(4):25-27.
- [30] 周濂. 正义的可能[M]. 北京:中国文史出版社,2015.
- [31] 徐安琪,刘汶蓉,张亮,等. 转型期的中国家庭价值观研究[M]. 上海:上海社会科学院出版社,2013.
- [32] 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[J]. 法制与社会发展,2009(4):67-85.

- [33] 巫若枝. 当代中国家事法制实践研究——以华南 R 县为例[D]. 北京: 中国人民大学, 2007.
- [34] 刘云生. 民法与人性[M]. 北京: 中国检察出版社, 2005: 80.
- [35] 任文利. “儒学与家庭伦理”研究会综述[J]. 孔子研究, 2002(2): 113 - 118.
- [36] 李桂梅, 郑自立. 改革开放 30 年来婚姻家庭伦理研究的回顾与展望[J]. 伦理学研究, 2008(5): 19 - 24.
- [37] 曹贤信. 亲属法在民法典定位中的价值取向难题之破解与对策[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2014(4): 36 - 43, 140.

On the human basis nature of family law legislation

CAO Xianxin¹, LAI Jianping²

(1. Centre for Applied Legal Research, Gannan Normal University, Ganzhou 341000, P. R. China;
Law School, South China Normal University, Guangzhou 511400, P. R. China)

Abstract: It does not matter good or evil that human nature covers animal attributes and social attributes. The former covers two kinds of natural attributes which are sexual impulses and survival desire, and the latter includes cohesive combination mode and group life style. Family law legislation is not directly based on human nature but there should be the intervention of marriage and family ethics which is the result of moral evaluation of animal attributes and social attributes. Marriage ethics should regulate sexual impulses and cohesive combination mode in the ways of sexual taboos and chastity idea respectively. Family ethics should regulate survival desire and group life style in the way of the principle of non-injury, “cohabitation” concept and equal ethical spirit of property rights. Family law legislation should absorb marriage and family ethics to “do something but not everything”. The humanity hypothesis of good and evil is the key reason affecting the value orientation of China and western family law. China’s family law legislation should be based on individualism taking into account of the family-based holism.

Key words: family law; division of human nature; humanity hypothesis; individualism; holism

(责任编辑 胡志平)