

第三波法律全球化背景下的 中国民法典编纂

■ 余成峰

[内容提要]晚近的第三波法律全球化,预示着资本主义发展正经历重大转变。世界正构筑起人与物的全面数字化、信息化与交互化网络,新的财产形态、信息资本与虚拟经济大量兴起,这对传统的人法和财产法理论构成巨大挑战。伴随人工智能等技术发展,民事权利主体呈现多元化趋势,民法需要新的“人法”理论来重新定义法律人格和法律行为等概念,这将深刻改变传统的所有权、契约和侵权理论。近代民法典运动围绕自然人法律人格的构建,通过物的稀缺性的构造推动了资本主义的发展。今天,工业革命以来围绕有形物构建的民法秩序正向围绕信息构建的民法秩序全面转型。对于中国而言,有必要将无体财产特别是信息财产有效纳入民法典的体系范围,在民法法学体系建构中打破传统人-物二元对立的法律格局。中国民法典编纂必须同时回应三次法律全球化运动的范式,深刻洞悉世界社会发展的新趋势和新动向。

[关键词]中国民法典 第三波法律全球化 人工智能 财产权理论 人法理论

邓肯·肯尼迪(Duncan Kennedy)在《法律与法律思想的三次全球化:1850—2000》中,总结了1850—2000年之间三波法律全球化的模式特征及其范式变迁:1850—1914年之间的古典法律思想模式;1900—1968年之间的社会法律思想模式;1945—2000年之间的第三波法律全球化模式。^①肯尼迪认为,第一波法律全球化是古典自

由法范式的传播,第二波法律全球化则是在批判古典自由法范式基础上诞生的社会法范式。如果说,第一波法律全球化以个人权利(债权)为重心,因应于从重商主义向自由主义的历史转变,主要依托于以英法德帝国为代表的贸易、军事霸权为核心的法律殖民和移植运动,第二波法律全球化则得益于现代社会政党的兴起,通过汇聚弱

余成峰:北京航空航天大学法学院、人文与社会科学高等研究院(Yu Chengfeng, Law School & Institute for Advanced Studies in Humanities and Social Sciences, Beihang University)

*本文是为中国人民大学法学院历史与社会高等研究所召集的“历史社会法学与民法典编纂”(Historical-Social Study of Law and the Compilation of the Civil Code)学术会议(2017年5月20—21日)撰写的论文。感谢黄宗智、崔之元、魏磊杰、尤陈俊等师友的精到评议。

势群体的社会权利要求,应对古典私人权利负面效应的挑战。在古典自由法范式下,法律是规制私人 and 公共行动者的抽象科学演绎体系,并以《德国民法典》的潘德克顿体系为典型代表。^②而在社会法范式下,法律是一个指向社会连带的有目的性的调控机制,法律是能够且应该推动社会进步的政策工具,必须适应于社会改革的需要,它在“短20世纪”(short twentieth century),以法国社会连带主义、美国新政、社会主义、法团主义、法西斯主义等思潮为代表,构成社会法范式全球运动,它围绕于卡尔·波兰尼(Karl Polanyi)概括的社会反向保护运动,构成全球范围内自由主义权利观的社会化反题,同时也构成20世纪帝国主义争霸与第三世界反殖民运动的重要组成部分。^③而第三波法律全球化,沿着肯尼迪开启的思考,大致可以理解为从二战特别是20世纪80年代之后延续到当代,它以公法新形式主义、政策分析法、程序主义、法律经济学、新治理主义等为代表,构成新自由主义法范式全球运动,并主要依托于以美国法为代表的贸易、金融、投资全球法律趋同化为核心的法律改革运动。

事实上,卡尔·马克思对资产阶级法权的经典论断,也正是对第一波法律全球化的民法范式的总体批判。马克斯·韦伯对形式理性法的实质化趋势的深切忧虑,则是基于对第二波法律全球化背景下民法范式变迁的深刻洞察。而第三波法律全球化的到来,则预示着资本主义形态在20世纪晚期所经历的一次重大转变。马克思的著作回应了19世纪中叶欧洲社会的经济发展特别是劳资冲突的状况,韦伯回应了19世纪末到20世纪初资本主义的福利国转向,而今天各国民法典则正在经历20世纪晚期全球资本主义转型所带来的深刻冲击。无论是马克思或韦伯,都认为资本主义的核心奠基于私有财产和自由劳动的生产方式。也就是说,形式上独立的自由劳动者

作为理性的法律人格,与神圣的私有财产作为民法所有权的客体,构成了现代民法制度的核心,而今天正在经历的新的全球化运动,则正对作为资本主义制度核心的人法和财产法的传统构成革命性的挑战。

一、第三波法律全球化对“人法”理论的冲击:以人工智能为例

当代的技术巨变已给传统民法的人法理论带来深刻的冲击。例如,人工智能是否可以拥有民事“权利”的问题已提上日程。^④当人工智能具备了自主的高等智能,是否可以拥有独立的民事“法律人格”?它是否可以和自然人一样,获得各种民事和商事上的基本权利?

实际上,在罗马法史上,法律人格就从来没有被规定于普遍抽象意义上的“人”(homo),而是依据“自由权”(status libertatis)、“市民权”(status civitas)和“家庭权”(status familiae)的不同层次,来分配法律人格的不同变更形态(capitis deminutio),同时也赋予各类自治市、自由城市和教派以人格地位。其根本目的,是通过人法理论创造新的社会流动性,促使法律人格与自然人(natural person)相分离,超越罗马社会的部落血缘,以地缘与财产因素作为法律改革的方向,从而可以为罗马帝国横跨地中海的征服铺平道路。在此背景下形成的多层次、差序化的法律人格,就殊异于近代启蒙哲学和民法所规定的基于个体理性、意志和尊严的抽象化人格模式。

尽管如此,罗马法仍然为近代民法的人格理论(personality)及其分配技术(不同行为能力)提供了最基础的铺垫,并为15世纪之后以西北欧、北美洲和浩瀚海洋为中心展开的全球殖民和民法典移植运动做了准备。17世纪以将的人文主义和启蒙运动,进一步形成近代特定的法律人

(Juristen)形象。它围绕自然人的主体意志与法律行为,创设了一种主客体二分的人与物相对峙的法律人格理论,并由此推动了18—19世纪古典民法的第一次全球化运动。

依据德国思想家卢曼(Niklas Luhmann)的理论,这一法律运动实际上是现代社会系统功能分化的结果,它将抽象意义的自然人作为市民社会的经典形象,将其作为民事法律系统的行动者—代理者(agent),来推动资本主义社会的经济发展。^⑤其核心要义在于利用抽象化的个人心理系统及其生化能量,围绕可普遍化、批量化处理的“法律人格”,打造理性的“法律人”,进而最大程度地动员、探索和发掘囊括陆地和海洋在内的一切地球资源。与此相应,现代民法就基本围绕方法论个人主义/社群主义、形式正义/实体正义、自由主义/福利国家的系列二分法展开辩论。^⑥其内在根本的一致性,都是试图将自然人个体作为民法系统运作的动力发起点。福柯等后现代学者则揭示了此种特定的民事主体形象生成的历史性,以及塑造此种主体所需要的政治和经济权力的强力介入过程。^⑦

实际上,这在某种程度上背离了罗马法根据不同实践需要设置法律人格(persona),灵活分配不同法律行为能力(facultas agendi)的传统。而历史上公司法人(legal person)概念的出现,同样是对近代形成的自然人至上的民法理论的挑战。^⑧

为了克服仅仅依靠个人间的签约和代理行为开展商务过程的束缚,历史上演化出一系列独立于个人的法人组织。它可以将个人间的商务和代理行为内部化,由此可以大幅降低交易成本,同时也可以通过区分法人与投资者个人的资产来分散财务风险。这一方面带来对公司的法律人格及其行为能力的认定,但同时也带来了与传统法律人格精神属性之间的矛盾。例如,13世

纪提出法人拟制说的教皇英诺森四世(Pope Innocent IV),就认定公司法人没有灵魂,没有原罪,不受惩罚,也不被救赎,因而只能作为一个“拟制”(legal fiction)的“人”。^⑨此后,罗马法系与日耳曼法系的代表学者萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)和基尔克(Otto von Gierke)则进一步形成“法人拟制说”和“法人实在说”的长期争论。^⑩不管如何,历代法学家的努力突破了将法律主体局限于自然人的弊端,民事权利主体的多元化,大大扩展了法律沟通的空间范围和时间维度。民事和商事行为的发起者,不再只是个人,也可以是法人组织,如此就大大提高了陌生人合作的机会,大幅降低了信任和交易成本,并有效分散了投资风险。

梅因(Henry Summer Maine)在古代法尤其是罗马法和英国法传统中,也发现了这些推动民法演化和社会秩序扩展的基本手段。这些法律技术包括法律拟制(legal fiction)如英国判例法和罗马的法律解答(responsa prudentium)、衡平(equity)和立法(legislation),作为使“法律和社会相协调的媒介”,它们成为独特卓越的丰富法律原则的渊源。^⑪其要义,就在于通过法律概念、规则和原则的再解释,创造新的权利—义务—权力—责任的框架,从而可以将大量非传统法律涵括对象的民事主体引入新的规范性秩序的生成。其中诸如法律拟制、诉讼格式、特许状、豁免权、法学家解释,以及更为常见的各种立法,都致力于将边缘处生长的秩序和实体涵括到制度轨道中,突破既有秩序演化的天花板,增强法律系统的运作复杂性,降低法律沟通的歧义性,最终促进社会沟通的广度和丰饶度。

而在今天,正如德国法学家托伊布纳(Gunther Teubner)所揭示,有大量迹象表明世界已进入一个“非唯人类中心”的时代。^⑫比如,当前出现的网络电子销售、无人驾驶汽车、智能医疗、金

融算法、人工智能代理投资等现象,都带来对传统民法理论的挑战。现代合同法的基础在于“当事人”合意的达成,而在一些网络电子销售和人工智能代理投资中,实际完成交易过程的其实是数字程序及其算法。这些绕开个人的意思表示直接进行自主和自动化算法执行的人工智能,被认为可以更好地替代个人做出相关决策。那么现在,“合意”(assent)到底意味着什么?^⑬传统民法的应对是建立一种拟人化的追溯归因解释方法,将其视为“事实性合同”(implied-in-fact contract),通过降低合同成立的意思表示要件,将要约和承诺简化为一个标准化的格式合同。这带来了吉尔莫(Grant Gilmore)所宣称的“契约的死亡”,因为大量绕过个人“意思表示”的格式合同腐蚀了古典合同法主体意志论的哲学假设。^⑭法律经济学晚近的兴起,就在于试图从经济角度解释这些无法由古典民法意志论解释的法律现象,利用各种成本-收益的计算公式,来重新定位大量并非由个人之间达成和约的现象。^⑮那么,当人工智能技术发展至脱离个人意志控制的程度时,其所产生的各类法律行为如何再被归因于个人?它不再只是简单的代理执行,而是在自主做出独立的决策。在目前,只要上述交易的成本低于传统的合同交易模式,法律经济学就可以不断做出合理化的解释,或者利用各种保险市场机制的发展来规避传统民法的适用,从而无视此类实践与传统合同法理论矛盾的升级。但伴随着“非人”主体的大量出现,民法需要新的“人法”理论,来重新定义法律人格和法律行为的概念,从而也深刻改变传统的所有权、契约和侵权理论。

在漫长历史中,曾有教派、法团、行会、城市甚至动物和无体物作为民事法律过程的参与者。^⑯而在今天,一些新型民法实践也显然无法根据“方法论个人主义”(methodological individualism)分解。在当代和未来,将有更多的非人实

体,诸如公司法人、传统社区、政府机构、民族国家、跨国非政府组织(NGO)、社会运动或人工智能参与到一个不断扩展的法律空间,由此形成愈益复杂、多元、去主体化的民事法律秩序。

法国社会思想家拉图尔(Bruno Latour)提出的“行动元”(actant)概念,就具有和美国法学家霍菲尔德(Wesley Newcomb Hohfeld)“权利束”(a bundle of rights)概念解析同样的原创性。^⑰在拉图尔看来,不必将“社会行动者”局限为活生生的个人或团体,也不需要它具备诸如灵魂、心灵、同情、意志、情感、反思等主体能力。而套用卢曼的“双重偶连性”(double contingency)概念,^⑱“行动元”之间只要可以互为“黑箱”(black box),能够满足图灵测试(Turing test)意义上的智能存在的标准,只要相互之间可以维持某种不透明性,保证一方无法“直接洞穿”对方的存在,就可以形成互动中的“无知之幕”^⑲和“双重偶连性”。这样,就可以推动形成一个开放的“行动元”法律秩序。只要能够达成要约和承诺的合意,合同也就达成了,除此之外,至于参与合同签订的主体到底是自然人抑或人工智能,并不是最关键的。一旦能够通过这一“测试”,“人工智能”就可以获得“法律人格”,可以为其授予“民事能力”。

未来还将出现拉图尔形象称之为“混血体”(hybrid)的结合智人和人工智能的民事法律主体。拉图尔认为,这可以弥补“行动元”物理上的无形,从而帮助它们参与实际的线下的各类经济和法律行动。^⑳作为心理-生理的有形承载者(homo)并不是决定性的,关键在于获得罗马法意义上的“面具”(caput)、“人格”(persona)和“身份”(status)。人和非人组成的“混血体”,也可以形成区别于其构成部分的个人与非人的自主的法律身份,拥有自我观察和描述的行动能力,可以形成自我与异己指涉的统一体,从而可以形成特定的民事诉求。一种新的民事法律秩序就可以在

这一新的社会沟通网络中涌现,即便人工智能并不具备智人意义上的心理系统机能。在可能并不遥远的将来,无论是个人、法人团体、混血体都可以成为民事法律系统中被独立归因的“法律行动者”。或者说,在民事法律系统的沟通运作中,真正构成基本单元的其实并不是具体的个人、公司或人工智能,而是被不断归因到这些主体的持续社会沟通之流,而被系统归因的智人、公司或人工智能,经由不同的“人格化”的法律定义,被民事法律系统分派了不同的法律面具。未来,这将是一个融合了个体、团体、“行动元”、混血体的多触点和多层次的社会网络,民法的演化空间将大大拓展,伴随不同主体的沟通越发多元和重叠,发生规范预期冲撞的几率与风险也将越来越大,这比乌尔里希·贝克(Ulrich Beck)所揭示的风险社会将更为广阔。^{②1}

世界法律现代化的核心动力,就在于以启蒙的自然人个体和民族国家为单位,展开稀缺资源的分配和竞争,划分与争夺生存空间的势力范围,并最终依靠人的智力和体力,来不断消耗与转化地球现存的能量和资源。这也是韦伯所揭示的伦理理性化与社会理性化进程,并最典型地反映在现代西方的形式理性法精神之中。“行动的‘理性化’(rationalisierung)过程中,一个最重要的元素便是把内在未经思索地接受流传下来的风俗习惯,替换成深思熟虑地有计划地适应于利害状况”。^{②2}它将理性的自然人与生活周遭一切血缘、身份、家庭、团体、地域的因素切割,最终解除了各种非理性的巫术禁忌、宗族血缘、社群伦理、出世禁欲对劳动伦理和财产神圣的束缚。正是由此,才为经济世界释放和动员了远超传统帝国和封建时代的巨大能量,创造了同样通过虚拟法律人格被授权的主权者(Leviathan),以及由现代战争和国际法所规范的地缘政治格局。资本主义开始无所顾忌地借助所有权神圣的观念突

破传统法的互惠伦理,以寻求最大化其资本收益的机会。正如卡尔·波兰尼在《巨变》一书中,就深刻揭示了市场在资本主义崛起过程中,是如何通过对土地、劳动力、家庭和社会的强力改造而最终确立其特殊含义的。现代民法,正是集中以智人为衔接点进行稀缺资源的争夺,从而最大程度地提炼和转化地球能量以抑制社会秩序的熵增。

现代民法演化的核心逻辑,就是围绕自然人法律人格的构建,将其作为法律系统运作的占位符(agent)。其实质在于,为了降低面对世界的不确定性,法律系统借助个人化的心理驱动力,通过个体化的赋权机制,将主客体的静态世界关系,转化为“施与受”(罗马法)、“我和你”^{②3}的主体意向性结构。这样,就使“法律主体”借助“主观权利”(subject right),摆脱了面对不确定的和不透明的客观世界无法展开行动的困境,从而可以推动持续性的贸易、投资、继承和交易行为。个体化的赋权机制,使得民事法律系统可以将外部客观世界解码为由无数个相似的“我”(主体权利-法律人格)构成的“市民社会”(市民法)。如此,就可以通过民事法律主体之间自由意志和权利意向的协调,来推动功能分化的经济系统的脱嵌,并改变彼此的法律行为和法律后果,由此就可以不断形成新的经济沟通链条,顺利摆脱机械的因果自然律,从而实现马克思所说的从自然王国向自由王国的飞跃。这种转化和飞跃的关键就在于,将经济沟通的不确定性和信用的不对称性,通过每一次沟通和未来的沟通,延展法律效力自我指涉悖论的暴露,将个体心理的黑箱和不透明性,转化为一个可以通过彼此合意、互动和反馈所调整与改变的自主行动的法律空间。如此,个体就可以通过观察他人的行动,进而根据自我的意义界定和利益判断,来做出最有利的法律行为选择。

这样一个由难以计数的民事个体之间形成的复杂经济网络,就是推动那个自由劳动、理性经营、资本再投资的现代市场机制的真实图景。现代民法通过创设无数个单一的自然人主体,为社会和市场演化的衔接点制造了充分的冗余性(redundancy),这些民事法律主体成为推动现代社会机器运转的基本“线粒体”(mitochondria),从而提供无数次法律行动和交易展开的试错可能性。这样,也就摆脱了依据特定宇宙论而形成的森严身份等级所固化的传统主义陷阱。只要此一目的能被持续达到,就一定会巩固和捍卫以自然人个体作为民法中心的想象,并以不同版本的还原论和拟制说来掩盖非人实体的兴起。但事实上,漫长历史以来早有大量的非自然人主体成为物权、债权和侵权行为的归因主体。一旦智人中心论对于经济系统的运转不再具有压倒性的优势,就会开始出现各种替代性的民法秩序原理思考,而自然人也将不必再作为民事法律权利和义务机制的核心担纲者。甚至,民事法律权利和义务机制也会被其他类似代码、算法这些非规范化的治理手段所替代。^{②4}

从现代性的内在演化逻辑来看,没有任何理由怀疑民事法律系统会不断调整传统的人法理论。新的民事赋权机制,诸如为人工智能赋权(entitlement)的革命,将形成比古典民法时期更呈指数级增长的行动扩展和系统演化的机会。在这样一个新的民事赋权的发展中,有可能进一步促成人工智能等新型“行动元”的“权利意识”的生成,从而使“芯片”也获得法律人格意义上的“权利”。一旦获得此种意义的“法律人格”,人工智能就不再只是辅助人脑的民事客体,而是能够独立担当资本主义全球化的民事主体,成为被未来民法典所承认的“法律人”。

这将给传统的合同法和侵权法带来一系列的挑战。在古典罗马法历史上,当奴隶获得解

放,当罗马公民权不断扩展,都深刻改变了罗马法的演化格局。而根据目前科技发展的态势,未来的民事主体不再只是自然人和法人,还会有其他的“非人”,包括人工智能或赛博格都开始呼吁罗马法意义上的自由权和市民权的获得。^{②5}传统民法基于生物性和心理学的法律人格理论,奠定了现代合同法和侵权法的理论基础,它建立在主体意志、理性人格的基础之上,指向诸如塞尔(John R. Searle)“以言行事”的各种语言学理论,^{②6}核心要义在于希望将行动主体的意义指涉通过语言和行动,整合为统一的稳定的法律人格,从而确保法律主体之间紧密的沟通和互动。而奠定现代民法之正当性的“主观意志”和“法律行为”这些维度,则被牢牢寄托在“我思故我在”(Ego cogito, ergo sum)的“智人”身上。^{②7}它依据法律人格之间的互动,建立起不同层次的民事法律关系,并产生不同的民事法律后果。这一互为主体的反身性心智结构,构成了现代民法的内在精神基础。

而诸如人工智能发展带来的民法挑战,其实只不过暴露了二战以来已经并正在经历巨变的世界社会的演化趋势。大量“非人”的不同结构与层次的“行动元”主体(包括方兴未艾的生态政治、邻避运动、动物福利运动等),已经与有血有肉的个人展开不同赋权机会的竞争与争夺。^{②8}这些发展趋势进一步提醒我们,需要超越近代古典民法时代奠定的法律主体概念,历史上,奴隶的解放、女性政治的崛起、有限责任公司的成立、股份融资证券的发明、劳资关系的转变,都是建立在对既有的民法“人法”理论的突破,由此才包容和涵括(inclusion)了那些仍处于社会边缘、被法律系统总体排斥的“沉默的大多数”。

更进一步说,不同形态的法律主体,其实只不过是民事法律系统根据自身功能需要创设的特定沟通网络的一个个“节点”,因而是特定的历

史性的语意建构,横跨从采集狩猎、草原游牧、农业定居、工业生产、信息革命的整个人类文明演化。民事法律系统的功能运作可以不断将沟通之流归结到由不同主体展开的各类行动,通过所创设的各类法律人格面具,民事法律系统的运作,就可以最大程度地开发和挖掘智人与非人所负载的物质、能量和信息,深度强化经济活动的广度和深度,形成网络化的相互激扰、持续扩展、具有开放性和可塑性的演化秩序。无论智人、法人或人工智能,都可以通过人格化的法律面具,获得民法系统的功能归因,从而参与到社会系统的运作过程之中。

而民法在人类文明的演化历史中,就承担了不断创设、改变、调整 and 确认这些作为社会和经济系统的“节点”的至关重要的功能,通过赋予不同主体以不同的法律人格、地位、身份、权利、资格和责任,以此来铺垫和架设社会系统运作的节点、结构和层次,由此就可以大大提升社会和法律系统演化的复杂性。这便是哈贝马斯(Jürgen Habermas)倡导的“包容他者”(The Inclusion of the Other)的要义,^②举凡奴隶、外邦人、女性、同性恋、有色人种、犹太人、难民、动物、教派、法团、行会、大学、城市、公司、产业工人或人工智能,都可以借此取得新的法律人格与法律权利,进入法律和政治系统的沟通过程。

作为现代民法中的“人”,是近代特定的新教宗教伦理演变的结果,而其他历史上获得法律人格的行动者,同样也是特定历史演变的产物。奴隶的解放、黑人平权运动、女权主义、外国人的公民权,以及有关尸体、植物人、胚胎、基因的法律争议,包括社会运动助推的公益诉讼和集团诉讼引发的新型权利诉求,都在显示法律人格概念的历史性和可塑性。正如历史上的劳工组织,经历艰苦卓绝的政治斗争才以“团体人格”的身份,获得了民事和宪法权利的承认。^③“为权利而斗争”^④,

早已超越纯粹个人的诉讼、请愿和对抗的范畴。特别是,作为劳工组织对手的资本家集团,早已借助公司法人的资格取得强势的谈判能力,并为其赢得独立的民事、商事和宪法性基本权利。而在今天,这些公司法人则进一步依靠跨国公司法、全球商人法、贸易与投资法、金融证券法乃至国际标准化组织的各种通道,获得了超出想象的法律行动者的赋权,拥有了直接干预作为个体的人类的各生存领域命运的权力。^⑤这颠覆了韦伯时代以来所坚持的个体行动者的社会和法律理论传统。

二、第三波法律全球化对财产权理论的改造:新的稀缺性建构

20世纪80年代以降,互联网革命、后工业发展与民法全球化、金融新自由主义呈现合流趋势,共同主导了人类社会由围绕物质与能量的争夺,转向围绕知识和信息的控制、占有与流通的法律竞争。伴随物联网、大数据和云计算技术的兴起,世界正构筑起人与物的全面数字化、信息化与交互化网络,虚拟产权不断冲击传统的有形财产原则。这些发展突破了传统的威斯特伐利亚民族国家法律体系,并改变了马克思所批判的资本剥削劳动的法权逻辑,进而形成新型的私法全球治理模式。跨国公司利用强势国家集团的议题设定能力,借助愈益精致化的法律技术攫取核心的资本利益,资本力量改变了民族国家-福特主义工业化时代形塑的标准民法范式。

传统民法的财产权概念通常围绕“土地占有”的模型展开,主要依据罗马法先占原则的法律概念,难以满足当代资本主义条件下财产的稀缺性建构要求。^⑥因为,当前的许多财产类型不能像“土地”那样被“占有”或“占用”,甚至不具备传统财产权通常具有的可识别的、排他性的所有

权边界,或者无法通过物质化的方式予以确认、区别和占有。所以,从现代民法中,已经逐渐发展出一系列的法律技术,为不同种类的“物”特别是新的知识、信息、证券、无形资产的增殖、流通与交易,提供更为精致化的法律控制技术。^③

近代古典民法的哲学基础,结合了笛卡尔的启蒙主体论、黑格尔的主体意志论与洛克的劳动价值论,共同结合形成了现代的“主观权利”和“法律行为”等概念。实际上,现代民法上的物的稀缺性并不出自于物的有限性。稀缺性是对有限性进一步筛选和界定的结果,它实际上出自于现代资本主义经济与法律系统的内在规约。事实上,正是对于物的占有和产权界定制造了物的稀缺性,而这种人为建构的稀缺性,又成为进一步物的攫取和确权动机。由这种对物的确权所形成的运作循环,其实是整个现代民法制度得以建构的真实动力。

为了掩盖这一人为设定的吊诡,现代民法建立起一整套连续运作的制度框架与条件。通过不断的法律编码,物的稀缺性就进一步被浓缩为在民法上拥有和不拥有的财产权分化状态。物的稀缺性本来是民法建构的产物,但通过这样一个民事法律系统运作和确认的过程,它就被置入一个经由物的创造、攫取、占有而持续编码化的法律系统运作过程之中,从而被纳入到民法实证体系的特定状态之中。现代民法的功能,就是将物的稀缺性的构造,转化为有关劳动、创造与分配的法权问题,转化为如何正当化财产占有不平等的法律问题。

在经过“拥有/不拥有”这样的产权-民法编码之后,原先的物的“多少”问题(A多一点,B少一点,但不会是全有全无的状态)就被转化为财产权的“有无”问题(A有权占有,B无权占有),在一个特定的历史时间范围内,谁要是拥有某种物,就可以一再排他性地利用这个拥有;谁要是

不拥有某种物,就无法共享这个物,除非通过物的移转、合同、继承或放弃行为。^④正是在这个非此即彼的产权确认过程中,现代民法系统建构的物的稀缺性吊诡也就被遮蔽起来。

但是,在进入到“知识/信息资本主义”时代之后,财产的稀缺性就无法再只是一个针对总量恒定的物的客体进行具体劳动占有的问题,“财产稀缺性”正逐渐转变为一个功能化的运作性概念。依照洛克式的标准叙述,财产是一种由法律所保护的,对于劳动所创造的价值支配权(dominium)。但在当代,财产已经更多作为一种代码机制在发挥作用,因为它多数时候不需要物理手段上的实际占有和控制,也不再只有通过劳动过程才能被创造出来。“劳动”本身无法使财产变成一捆“权利束”,而只有物的“产权化”过程,才能让它变为民法上的“物”。这要求“物”必须通过一种“合理性经营”的方式为自己辩护,必须嵌入到资本主义理性的内在要求之中。财产不再主要通过静态占有与支配的形式,而必须通过动态的流通方式以达到交易的循环和增值。

这也意味着,工业革命以来围绕有形物构建的民法秩序正向围绕信息构建的民法秩序全面转型。如果说,工业时代民法主要处理的是有形物质交换过程中的产权问题,未来民法所处理的则是如何通过产权的精细区分形式,如何通过法律系统的代码化机制,介入各类无形财产的生产、传播与交易过程。控制产权的关键,不再是对于具体物质的有形占有,而是如何更为精确地挖掘、提取、确认和控制信息。

在今天,各类机器、管道、光电线缆、计算机、二维码、无线射频识别、公司品牌、人工智能、有价证券,都在全面进入一个全球实时的循环网络之中,其基本单位就是信息的沟通。^⑤智能手机、移动互联网、可穿戴设备、共享经济以及形形色色数据传感装置的广泛扩散,都使以往必须通过

物质承载的商品进一步数字化、虚拟化与数据化,从而催生传统民法的危机及其演变。对于这些挑战,传统民法的物质化与可视化的财产保护原则正在失效,古典的“人、物、债”三分法面临重构和调整的需要。以往民法规制的财产在空间和时间维度都相对固定,数字技术则打破了这一点。以唱片行业为例,其传统商业模式建立在买卖含有录音的“物”(单一物如密纹唱片、磁带和CD光盘等)之上,而在互联网数字技术冲击下,“物”的概念现在发生了变化,因而必须在法律上做出调整,并重新构建词曲作者、出版商、唱片公司以及各类金融中介机构之间的法律关系。^⑤

从根本上言,当代资本主义的首要逻辑已不是市民个体的交换,而是企业的资本竞争。当代市场社会的主体,也主要不是传统意义的平等民事主体,而更多是不对等的资本竞争主体。资本主义利润链条控制的最高环节,已经不在马克思时代的生产制造终端,而是围绕企业营销、品牌保护、专利许可、技术转让、交叉持有、资本联盟、标准化流程、司法诉讼等形式展开。整个产业链条主要通过相关法律与标准的引入,通过相关议程与议题的设定,从而以一双“看不见的法律之手”控制与垄断利润。

1981年,里根与撒切尔夫人开启的新自由主义革命(Neoliberalism revolution),预示着一系列历史条件与历史趋势的变化,既包括“发展中国家”的法律革命,也包括福利国家的合法性危机以及美国和欧洲法系关系的再调整,更重要的是,它预示全球化力量正在突破以往基于“层级分化”的“半全球化”法律发展逻辑,建立在“内/外”、“南/北”、“东/西”这一系列等级区分之上的国际法律秩序不再能够有效控制全球尺度的流动性。“新自由主义”革命为私法和民法的全球化提供了思想条件。它驱除了“半全球化”体系面纱背后的民族国家幽灵,以资本逻辑而不是政

治逻辑、以非关税壁垒而不是关税壁垒、以市场准入、知识产权保护、投资自由化、服务业规则调整,而非专注于有形的简单货物商品买卖,来重新安排国家、贸易与投资的复杂关系,尤其是通过新的私法制度安排,吸纳原先被排除在外的“发展中国家”进入到“法律全球化”的统一平面。

这一吸纳过程包含内与外两个层面:在外部层面,它将“发展中国家”纳入到全球资本流动与世界经济体系的整体空间;在内部层面,它刺破了民族国家的肌体,对其国内法特别是民商事法律体系实施全面干预和改造。民法典编纂所扮演的角色,实际上已不止于促进市场经济体系的建立,也承担了判断政治统治正当性的证明功能。如果说,在18—19世纪的第一波民法典全球运动中,经济领域的“放任自由”,是导向形成一个自发的市民社会以对抗外在的政治国家空间,而新自由主义背景下的民法全球化运动,就已不只是建立一个与政治国家相分离的市民-经济空间,相反,“市场自由”已经成为主权国家的正当性依据。民法不再只是部门法意义上的法律体系,它在一定程度上直接取代了公法,成为现代国家参与全球化竞争的基础。^⑥

中国新世纪以来民法典编纂的历史冲动,就对应于上述后冷战时代新自由主义发展的背景。经济活动不再只是众多国家活动的一个分支,相反,经济发展和经济自由,已经成为了一切国家活动展开的正当性基础所在,同时也成为摆脱革命时代法律遗产的关键。这同时也揭示了民法全球化运动的内在动力发生了重要的偏移,它不再是18—19世纪第一波民法运动的“市民主义”原则驱动,也不再是20世纪第二波民法运动的“社会主义”价值指引,而是一种试图脱嵌于政治正义和社会连带之外的“新自由主义”原则。它致力于塑造一个可以自主封闭运作并从自身直接获取正当性的资本竞争空间,并由此形成对

国家法律各个层面的规范和改造。如果说,冷战时期只能在有限的贸易和投资层面推动私法的国际性协调,“新自由主义”背景下的全球化,则要为自由投资与自由竞争塑造全球性的均质化法律空间,通过提供统一的、普遍的、深度的经贸性法律框架,扫除一切有碍资本自由流动的因素。

在这个历史新阶段,国家的首要任务不再是设置法律缓冲机制以提升国内福利水平,而是通过不断强化的软硬件基础设施建设,吸引全球资本进入到国内投资。与国际接轨的“民法典编纂”,就成为一个具有普遍规范性、可以横跨不同空间和时间维度来衡量法治现代化进程的关键指标。在这一视野下,民法对于“国家公权力”的恐惧,就主要不是来自公民自由和社会正义的考虑,而是来自对任何干预经济和资本活动的抵制和抗拒。意识形态分野不再是阻碍法律移植的依据,意识形态冲突已被经贸多边利益边缘化。最重要的是,打造一个既全球一体化,又能容纳特权空间寻租的资本结构,并尽一切可能削减资本全球流通的时间成本、交易成本与法律成本。

在这样一种新自由主义的原则指引下,民法不再只是取向于土地所有权、契约交易和侵权争议的消极司法保护,而更重要的,是要通过私法机制的积极动员,将一切经济与非经济主义的要素(人口、土地、技术、思想、观念、基因、教育、气候、环境等)都拽入一个可以进行形式化驱动的资本竞争网络之中,进而为普遍主义的市场化运作提供一个稳定规范化的秩序框架。某种意义上,它形成了具有世界经济宪法性质的自主运作、自我创生(auto-poiesis)的全球性私法系统。不同形式的民商事法律体系(特别是作为世界贸易宪法的WTO),作为由全球资本锻造的“特洛伊木马”,被带入到不同民族国家的内部疆界,随之带来民族国家内部在立法、行政与司法层面的全面

改造,以实现全球化广度开发和深度挖掘(deep integration)的全方位提升。如果说,基于“内嵌性自由主义”(embedded liberalism)的战后“法律与发展运动”,塑造的是“半全球化”“层级分化”的世界结构,那么基于“新自由主义”的第三波民法运动所构建的,则是彻底“全球化”的“功能分化”世界系统。

20世纪70年代以降世界经济危机的加深,以及欧共体国家出口行业的崛起,逐渐挤占掉美国的贸易霸权地位,美国人希望通过转移贸易议题(转向服务业、知识产权与投资议题),重新夺回法律议题设定的战略主动权。这最终在乌拉圭回合谈判,推动形成一种“总交易模式”结构,其交易结构是:经合组织国家开放农业与劳动密集型产品市场,以此作为进入发展中国家服务、知识产权和投资贸易体系的交换。^⑨同时,北方国家还要求南方国家进行全方位的制度调整,改善基础设施,全面改造民商法、公司法、知识产权、产品标准、健康安全标准、劳工标准、行政程序以及人力资源投资等。以辉瑞公司、国际商用机器公司(IBM)为首的游说团体,在乌拉圭回合开始前,就试图推动将贸易机制与投资机制捆绑到一起,这“不仅仅是一个简单地有关消除投资限制的条件。相反,它是有关改变这些限制条件的性质和源头”。^⑩这种新自由主义的全球法律方案,通过多管齐下的多边主义、双边主义(将普惠制与301条款捆绑)和单边主义手段,最终建立起新型的“WTO/TRIPs”机制。它将国际贸易问题巧妙地转化为可执行的法律标准问题。^⑪

在这种新型全球化背景下,民法实践的关注重心,不再是债权与物权的简单交换和规范预期,而是提供一个可以持续服务于动态法律时空建构的制度框架,着眼于创新、竞争和风险的生产与规制。而20世纪90年代以降加速发展的第三次工业革命,也同时呼应了新自由主义思潮的

崛起,这使得全球资本主义市场业务正在部分或全部网络化,在空间覆盖性与时间瞬时性层面,实现了资本战略的实时性全球沟通。控制产权的关键,不再是对于具体物质的有形占有,而是如何更为精确地挖掘、提取、确认和控制信息。信息化革命提供的便利条件使得跨国公司与跨国资本的全球流通不再有任何技术层面的障碍。

福特制的规模化生产、可互换零件、装配流水线、专门化分工,代表了从土地经济时代向两次工业革命转型的历程,并决定了战后世界法律发展所构建的基本框架。而在进入20世纪80年代之后,全球范围的知识、信息与贸易和投资的重组过程,由于信息化技术革命的冲击,正过渡到一个新的历史阶段。信息的获取、组织、整理、支配和利用机制发生了重大变化,信息无论在广度和深度上都正变得无孔不入。这样一个全球性信息网络自我生成、自我展开的过程,同时也是全球资本自我扩张、自我增殖的过程。民族国家的领土疆界正在失效,信息、贸易与投资不再听命于主权边界的人为控制。这一切都推动了传统民法上的“物”的概念的进一步转变。

首先,传统物权关注“使用价值”的维度,传统债权关注“交换价值”的维度,而当代财产则尤其关注“信息价值”的维度。“必须提供新东西”,这本身已成为信息和金融资本再生产的内在要求。^⑩知识密集型与设计密集型的产业转向,使得当代私法不再仅仅关注抽象的物质产权,而首要考虑如何通过规则设计为“独一无二性”(singularities)进行确权,并关注高度资本化的“原型”(prototype)竞争。

其次,近代物权与债权均指向自治性主体,而当代民法则必须应对自治性客体的大量兴起。福特式资本主义是“规模经济”(economy of scale),涉及物质与主体的大量聚集,传统民商法规范的是对于土地、资本与劳动力的争夺,法律

的着眼点在于当下,其财产权具有高度稳定性;而信息资本主义则是“范围经济”(economy of scope),涉及符号与网络的快速构建,资本围绕于“原型”创新展开竞争,法律的着眼点在于未来,其财产权具有高度流动性。^⑪现代经济的“虚拟性”与“索引性”特征,使其必须能够被快速动员,同时,这也使它在速度性原则下迅速贬值,其价值恰恰在于价值的“转瞬即逝性”。这种“转瞬即逝性”构成信息时代“差异的创新”,使其区别于传统时代“需要的体系”以及现代时期“趣味的追逐”,这一切都已反映在民法上物的范式的转变中。

第三,近代民法的财产观念预设了自然与客体的先验性,“自然”有待于人类的劳动与立法过程,从而纳入人一物一债这样的古典民法结构。但是,伴随生产与交易的全面信息化和数字化进程,“客体”与“主体”正在共同进入一个网络化结构之中,新的民事法律系统必须承担起这种“类主体”与“类客体”的分类整理、授权、传递、沟通的网络创建工作,通过新的民事法律系统作为“形的编织者”(weavers of morphisms),构建起各种“产学研综合体”(university-industrial complex)。正如研究者所言,这将“使一大批‘混血儿(hybrids)’、类客体得以创生,也使得把这些类客体和类主体联系起来的网络得以在空间上日渐延伸及于全球每一个角落”。^⑫这意味着,传统民法的人-物、主体-客体、形式-实体等一系列启蒙二分法都将遭受挑战。

第四,对应于当代财产抽象化与非物质化的趋势,无论是数个法律主体分享同一物品,抑或同一商品拥有若干权利主体,乃至各个法律主体可以分散要求不同财产权,这些都已对传统民法理论构成了挑战。如果说传统物权是单一的财产权利形式,当代民法正逐渐混合财产权与人身权,形成具有高度塑造能力的“权利组合”。

如果说19—20世纪大陆法系主导了资本主义发展的法律原理,晚近以来英美法系特别是美国法律在法律全球化运动中的霸权影响力,实际正得益于其与时俱进的财产权理论发展,更得益于它以务实态度将无形财产提升为法律核心部门的战略意识。这一整套区别于传统所有权和物法概念的法律体系,构造出诸多新型的权利“证券化”与“无形化”形式,利用债权物权化和物权债权化的拟制策略,为新型“稀缺性”的产权建构提供制度条件。而与英美法系相比,无论是“法学阶梯体系”(法国法)还是“学说汇纂体系”(德国法),由于其历来偏重有形物的罗马法传统,始终没有将无体财产特别是知识财产有效纳入民法典的体系范围,因而未能在民事法学体系建构中有效打破传统人-物二元对立的法律格局。

三、三波法律全球化运动的启示 及对中国民法学的挑战

改革时期中国民法学特别偏重有形财产和有形市场的构建,同样也有大陆法系传统影响的因素。结构主义和先验主义的法律思维约束了法律运作的灵活性和实用性,在这点上,美国法律的功能主义与实用主义特征显然更适应于当代资本主义的发展要求。

当代世界正由工业主义模式向信息主义模式转变。传统民法建立在18—20世纪的工业革命基础之上,面对当代信息化革命浪潮,即时生产、灵活制造、批量定制、零库存、大规模外包蓬勃兴起,所有权地理分布趋于分散,无形财产与知识产权正从伴生性、边缘性、附属性、衍生性地位走向法律舞台的中心。传统围绕关税谈判与有形货物的国际贸易正转向围绕非关税壁垒与无形财产的全球贸易。不仅如此,正如文章前

述,伴随着人工智能、物联网、大数据、云计算等技术的兴起,传统以自然人为中心的民事法律主体概念也将遭遇深刻的挑战。这势必要求中国法学界摆脱改革初期的法律思维,从国家发展的战略高度重新定位民事法律的发展重心,必须正视新型全球化的特征以及不同法系紧密融合的现实。

在当前,一切物质与非物质的财产形态,包括知识、信息、品牌、人身、数据在内的资源都相继成为经济稀缺性的建构对象。新经济的发展,也并不是物质生产的简单消失,而是非物质环节吸纳物质性价值的过程。过去6年间,美国出口1美元货物的重量下降了50%,美国服务业出口已占其总出口的40%，“比特”正在取代“原子”成为贸易的真实单位。^⑤信息化导致的符号化过程,正不断解构传统的物权概念,产权控制正不断与有形物相脱离。“小型化”与“符号化”将逐渐绕开物质与能量环节,直接处理信息本身。跨国企业正形成相互缠绕的共同进化关系,呈现为强制性的合作状态。网络化进程深刻改变了传统的经济模式,当代民法、金融与贸易体制也将随之发生调整。即时生产、灵活制造、批量定制、零库存、战略联盟、大规模外包都是其中代表,企业与市场的边界正在打破,契约和组织的区别逐渐淡化,所有权的地理分布也趋于分散。供应商、企业雇员、消费者与政府监管,研发、制造、包装、仓储、物流、营销、保险,所有事物都在进入一个去中心化的协作网络之中。^⑥如果说,现代资本主义的积累战略建立在“稀缺性”与“有限性”的矛盾关系之上,当代全球信息化秩序,则正通过“稀缺性”的自我建构,使得资本积累战略全面转变为一种法律技术战略。

当代经济运动的发展趋势正加速摆脱有形的“物质”范畴而转向无形的“知识/信息”范畴,这与战后由霍菲尔德开创的新型法律分析框架

形成呼应之势(由一系列权利、特权、权力和豁免的复杂集合所构成)。在这一范式转变中,当代财产权概念已不再主要被视为针对有形物的绝对支配和占有,而是被视为由一组无形“权利束”所组构的特殊法律关系。当代民法发展已经高度倚赖这一虚拟“权利束”的“稀缺性”建构技术。在这一范式转变中,古典的“四权能”理论已无法把握财产权的实际形态,财产的原始取得与继受取得已超出“一物一权”的神圣诫条,并摆脱了传统民商法主要针对有形客体构造的财产模式。

如果说,第一波和第二波民法全球化主要致力于借助民法作为部门法的搭建来推动国际贸易的发展,那么,第三波民法全球化的重要挑战就在于,如何将愈益无形和虚拟的跨境贸易纳入到实时的全球体系之中。民法典已经无法再作为特定独立的部门法,而必须与其他法律部门共同配合形成相互交叉的法律运作网络,特别包括诸如“与贸易有关的知识产权协议”(TRIPs)、“与贸易相关的投资措施”(TRIMs)、“与贸易有关的服务总协定”(GATS),等等。^⑦法律的规制重心不再是物权领域有形的产权界定,也不再是债权领域固定的货物销售合同,而涉及市场准入、知识产权、金融投资、服务业规则、产品标准等一系列更为虚拟与抽象的领域。技术革命推动经济一体化进程,经济一体化则推动法律一体化进程,信息技术革命经由全球资本的不断拓展,正把全世界都卷裹进入一个致密的法律命运共同体。

在中国晚清变法中,民商法沦为殖民国家挟军事与资本力量强行法律移植的样板。在其后百年历史发展中,中国民法经历了晚清的被动性接受、新中国的苏联式改造、改革开放初期的调整性适用与当代的主动性全球融入过程。而作为一门精致的财产-资本法律操作术,民事财产

的稀缺性建构,始终面临一系列的内在矛盾与冲突:具有稀缺性和排他性的财产/非财产的产权界定,必然具有高度的政治性色彩,因而也特别需要根据不同发展阶段与社会群体的利益分布,做出精细的利益平衡和正义的制度安排。

1987年,国家计委经济研究所副研究员王建,在新华社内部刊物《动态清样》上发表文章《走国际大循环经济发展战略的可能性及其要求》。王建提出的“国际大循环战略”,其目的是通过大力引进外资,发展“劳动密集型”产品出口,为重工业发展取得必要的资金和技术,再用重工业发展积累的资金返回来支持农业,从而通过国际市场的转换机制,形成中国产业的内部升级动力。“国际大循环战略”随后迅速被官方认同,进而成为改革开放时期中国外向型经济的观念基础,也成为改革开放时期涉及城市与乡村,涉及土地、合同、投资、金融、财税、劳动、环保等全方位领域法律大面积制定与修改的战略依据。

这一“国际大循环战略”,也推动了同时期包括《民法通则》在内的诸多民商事法律体系的迅速出台,并在中国加入WTO之后进一步加速,进一步引发中国各地随后为吸引国外资本,而竞逐压低劳工的工资和福利水平,还在劳动、土地、税收、金融、环保等地方性法规和规章层面,尤其在全国的县域、市域和省域之间,形成为吸引“新自由主义”资本流动而竞低报价(race to bottom)的恶果,进而形成“法治政策洼地”的尴尬局面。实际上,正是基于农村土地集体产权和小农家庭财产制的特殊安排,确保了一个规模庞大的临时性、半正式和非正式农村劳动力可以持续被城市资本以低成本吸纳,从而才可以提供中国经济发展的比较优势,只有建立起一个有利于资本逻辑发挥动员作用的市场结构和法权体系,才可以用最有利的成本/收益核算来招引各种资本。

中国改革开放时期的民商事立法运动,之所

以主要借鉴经由台湾地区中介的德日法系得以建构,主要是为了配合中国工业化与国际大循环战略的展开。中国经济发展与参与国际体系的竞争,就通过大陆民商法体系的移植,为刺激土地、劳动力与资本流动并促进实体商品货物交易提供了制度保障。改革开放时期主要偏重德日法系的法律移植运动并不是偶然的,因为中国的“世界工厂”战略,尤其需要规制有形商品生产与贸易的物权和债权体系的完善。

而在今天,中国劳动密集型产业与欧美国家信息密集型产业的高度不对等,致使中国产品定价与利润长期由外方控制,官商资本只有通过牺牲国内福利需求、劳工基本保障以及环境正义来维持全球化红利。加入WTO十年推动了中国“民事法律体系”的基本建成,却没有从根本上改变中国被固定在全球产业利润链条低端的状况。

沿袭自罗马法的大陆法系历来以“物”作为核心法律范畴,并在“有体物”基础上围绕物权和债权制度建立起神圣的“物法”体系。这一古典私法模式提供了中国经济发展的原始产权起点。围绕这一有形的“所有权”体系,建立起有关占有、使用、收益、处分的“权能”类型化理论,建立起包括用益物权、担保物权在内的“物权法定主义”原则,并建立起严格的“一物一权”和“意思自治”原则。而由特定法律主体占有特定客体物的法律意象,就主宰了中国改革时期的法律想象,同时也巩固了当代中国背负正义赤字的经济发展模式。实际上,改革时期形成了一个难以被传统形式主义民法所概括和阐明的复杂法权结构,因为它既不是简单的私有化路径,也不是既有国有产权形态的延续,而是采取了一种相当致密的法律制度框架重构来同时确保不同种类资产的市场化流动以及国家对于各类形态资本的持续影响和支配力。各种私法意义上的物权转移行为和各种公法意义上的国家法律行为具有

深刻的连带关系,它们都借助“社会主义法律体系”通过各类特殊的法权制度安排予以落实。它涉及一种等级化的所有制形式,以及由此形成的各种特殊的产权结构、相应的物权、债权和侵权法制度安排,同时还包括极为复杂的法人间与法人-自然人法律关系的构建。大量产权改革一方面大幅度降低了各种交易成本,但由其产生的负外部效应也被不成比例地转嫁到各类法律上的失语群体(比如“农民工”)。^{④8}在表面统一的民法权利保护背后,实际却依然存在牢固的等级化的人格权和财产权制度安排。

中国民法典的编纂和未来的民法学研究,如果不能正视这个历史中形成的多重悖论法权结构,试图简单套用潘德克顿式法学方法论来建构一个自足的规则体系,显然无法回应必然涌现的诸多理论和实践难题。中国的民法典编纂试图在一个超脱意识形态束缚的教义学框架中建立一个理想图景来引导实践的发展,但实际上,被遮蔽的真实的法权结构与实践发展根本不受这种“科学自足”法学想象的主导,并且还可能借助形式主义法学所提供的技术性正当化机制掩盖其不正义实践的事实。这种表面上排斥意识形态争论的技术法学路线,实际上并非价值无涉的科学主义法学,在其背后,实质所依托的则是一种危险的功利主义法律哲学的预设。^{④9}它否认和掩盖了贫富悬殊的社会实际,并且规避和转移了对于巩固这种不正义的民法制度安排的拷问。

当前,中国已从冷战时期全球资本主义体系的“挑战者”(challenger),转变为后冷战时期全球资本的“利益攸关者”(stakeholder)。在某种意义上,中国民法发展必须同时回应三次法律全球化运动的范式,正如中国社会在改革时期所必然经历的不同形态的资本主义发展阶段。因此,中国一方面亟需在法律主导权层面提升国际上的“软实力”,以积极回应“第三波法律全球化”的时代

挑战;另一方面,中国民法学也必须积极回应和参与新型法律全球化的议题设置、法律规则标准制定,并自觉运用人权话语和公共政策话语,通过创议新型的权利形态、法律议题、政策论坛,来提升中国民法典对于本国民众正义呼声的关注。

18—20世纪,我们见证了围绕工业主义与物质资本大生产带来的财富爆炸,以及由此引发的民法世界的深刻革命。在今天,第三波民法全球化所折射的,则是新的财产形态、信息资本与虚拟经济的大量兴起,它以比工业革命更为庞大也更为复杂的方式和规模呈现。在这个意义上,民法运动的全球化将超越民族国家的战略视野,并将持续塑造未来世界新型法律秩序的轮廓。中国的民法典发展战略,也只有镶嵌到这一新秩序生成的历史脉络中才能奏效。

注释:

① 参见[美]邓肯·肯尼迪:《法律与法律思想的三次全球化:1850—2000》,高鸿钧译,载《清华法治论衡》2009年第2期,第47—117页。

② 它具有三个主导性特征:公法与私法之分、个人主义方法论、信奉法律解释的形式主义意志论。

③ 它具有四项核心主张:从社会的实然到合适的法律应然;从演绎推理到阐释规范的工具主义进路;承认正式的法律秩序存在空隙,强调活法;持续进化的法律,以回应建构连带社会的需要。

④ See Lawrence Solum, "Legal Personhood for Artificial Intelligences," *North Carolina Law Review*, Vol. 70 (1991), pp. 1231-1287; Lehman-Wilzig, "Frankenstein Unbound: Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence," *Futures*, Vol. 13, No. 6 (1981), pp. 442-457.

⑤ 在卢曼看来,近代法律演化的最重要成就即主观权利的构造,它使自由的吊诡(对自由进行限制之必要性,乃是自由之条件)获得一种在法律技术上具实用性

的开展,并免除了对个人动机的审查。参见[德]鲁曼:《社会中的法》,“国立编译馆”主译,李君韬译,台北:五南图书出版股份有限公司2009年版,第315页。

⑥ 有关民法典范式分歧的深刻讨论,可参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,第9章,童世骏译,北京:三联书店出版社2003年版。

⑦ See Jennifer Wicke, "Postmodern Identities and the Politics of the (Legal) Subject," *Boundary*, Vol. 19, No. 2 (1992), pp. 10-33.

⑧ See John Dewey, "The Historic Background of Corporate Legal Personality," *The Yale Law Journal*, Vol. 35, No. 6 (1926), pp. 655-673; Peter French, "The Corporation as a Moral Person," *American Philosophical Quarterly*, Vol. 16, No. 3 (1979), pp. 207-215; Sanford Schane, "Corporation is a Person: The Language of a Legal Fiction," *Tulane Law Review*, Vol. 61 (1986), pp. 563-409.

⑨ See Mark H. Hager, "Bodies Politic: The Progressive History of Organizational 'Real Entity' Theory," *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 50, p. 587 (1989).

⑩ See Gunther Teubner, "Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the 'Essence' of the Legal Person," *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 36, (1988), pp. 130-155.

⑪ 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,北京:商务印书馆1959年版,第15—41页。

⑫ See Gunther Teubner, "Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law," *Journal of Law and Society*, Vol. 33, No. 4 (2006), pp. 497-521.

⑬ See Tasker and Daryn Pakcyk, "Cyber-Surfing on the High Seas of Legalese: Law and Technology of Internet Agreements," *Albany Law Journal of Science and Technology*, Vol. 18 (2008), p. 79; Robert Merges, "The End of Friction? Property Rights and Contract in the 'Newtonian' World of On-Line Commerce," *Berkeley*

Technology Law Journal, Vol. 12 (1997), pp. 115-136.

⑭[美]格兰特·吉尔莫:《契约的死亡》,曹士兵、姚建宗、吴巍译,北京:中国法制出版社2005年版。

⑮See Avery Wiener Katz, “The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation,” *Columbia Law Review*, Vol. 14(2004), pp. 496-538.

⑯See William Ewald, “Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143, No. 6 (1995), pp. 1889-2149; St Derek Pierre, “The Transition from Property to People: The Road to the Recognition of Rights for Non-Human Animals,” *Hastings Women’s Law Journal*, Vol. 9 (1998), p. 255; Ted Benton, “Rights and Justice on a Shared Planet: More Rights or New Relations?” *Theoretical Criminology*, Vol. 2, No. 2 (1998), pp. 149-175; Walter Woodburn Hyde, “The Prosecution and Punishment of Animals and Lifeless Things in the Middle Ages and Modern Times,” *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 64, No. 7 (1916), pp. 696-730.

⑰See Annelise Riles, “Property as Legal Knowledge: Means and Ends,” *Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 10, No. 4 (2004), pp. 775-795; Nicole Graham, *Landscape: Property, Environment, Law*, London: Routledge, 2010.

⑱See Raf.Vanderstraeten, “Parsons, Luhmann and the Theory of Double Contingency,” *Journal of Classical Sociology*, Vol. 2, No. 1 (2002), pp. 77-92; Manfred Füllsack, “Information, Meaning and Eigenforms: In the Light of Sociology, Agent-based Modeling and AI,” *Information*, Vol. 3, No. 3 (2012), pp. 331-343.

⑲有关无知之幕,可参见[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社1988年版,第10页。

⑳See Gunther Teubner, “Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law,” *Journal of Law and Society*, Vol. 33, No. 4

(2006), pp. 505-513.

㉑See Bruno Latour, “Is Re-modernization Occurring—and If So, How to Prove It? A Commentary on Ulrich Beck,” *Theory, Culture & Society*, Vol. 20, No. 2 (2003), pp. 35-48.

㉒[德]韦伯:《社会学的基本概念》,顾忠华译,桂林:广西师范大学出版社2005年版,第40页。

㉓有关“我的和你的”法权结构,可参见[德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,北京:商务印书馆1991年版,第54—70页。

㉔See Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, ReadHowYouWant. com, 2009; Florian Saurwein, Natascha Just, and Michael Latzer, “Governance of Algorithms: Options and Limitations,” *Information*, Vol. 17, No. 6 (2015), pp. 35-49.

㉕See Koops, Bert-Jaap, Mireille Hildebrandt, and David-Olivier Jaquet-Chiffelle “Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?” *Minnesota Journal of Law, Sciences & Technology*, Vol. 11, Iss. 2 (2010); Thomas Giddens, *Law and the Machine: Fluid and Mechanical Selfhood in the Ghost in the Shell*, San Antonio: St. Mary’s University Press, 2015, pp. 89-106.

㉖See John R. Searle, “The Intentionality of Intention and Action,” *Inquiry*, Vol. 22, No. 1-4 (1979), pp. 253-280; Michael A. Covington, “Speech Acts, Electronic Commerce, and KQML,” *Decision Support Systems*, Vol. 22, No. 3 (1998), pp. 203-211.

㉗See Yves Charles Zarka, “The Invention of the Subject of the Law,” *British Journal for the History of Philosophy*, Vol. 7, No. 2 (1999), pp. 245-262; Shael Herman, “Legislative Management of History: Notes on the Philosophical Foundations of the Civil Code,” *Tulane Law Review*, Vol. 53 (1978), p. 380.

㉘See Gary L. Francione, “Animal Rights and Animal Welfare,” *Rutgers University Law Review*, Vol. 48 (1995), p. 397; Mark Starik, “Should Trees have Mana-

gerial Standing? Toward Stakeholder Status for Non-Human Nature,” *Journal of Business Ethics*, Vol. 14, No. 3 (1995), pp. 207-217.

②⑨ See Ciaran Cronin and Pablo De Greiff (eds), *Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, New Jersey: John Wiley & Sons, 2015.

③⑩ See Morris D. Forkosh, “The Legal Status and Suability of Labor Organizations,” *Temple Law Review*, Vol. 28 (1954), p. 1; Henry Hansmann and Reinier Kraakman, “The End of History for Corporate Law,” *The Georgetown Law Journal*, Vol. 89 (2000), p. 439.

③⑪ 参见[德]耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,北京:法律出版社2007年版。

③⑫ See Larry Backer, “Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation,” *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14 (2007), p. 499; Steven Ratner, “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility,” *The Yale Law Journal*, Vol. 111, No. 3 (2001), pp. 443-545.

③⑬ 占有产生于罗马法“possession”制度。拉丁文“possession”(占有)一词来源于“potis sedeo”,本义是“坐在某物上”,在罗马法中表示某一主体对某物的实际占据状态(res facti),它使该主体有充分的可能对物加以处置,参见《学说汇纂》,D.41,2,1pr.,保罗语,转引自[意]桑德罗·斯奇巴尼(选编):《民法大全选译·物与物权》,范怀俊译,北京:中国政法大学出版社1993年版,第205页。

③⑭ 例如美国法院在1987年一个案例中将计算机程序确定为“表达”,在5年后另一则案例中却将其界定为“思想”。参见李雨峰:《著作权的宪法之维》,北京:法律出版社2012年版,第145—151页。

③⑮ 地方共同体的共有知识,如某药物配方,原属社区共享,而一旦某权利人通过知识产权加以占有,它就由共享知识变为私有知识。再比如,由于国民党民法典采纳德国民法的物权法定主义,在民法典中没有规定而在社会生活中依然存在的先买习惯问题,无论是具有“合理性”的承租人先买权习惯,还是“不合理”的亲房

先买权习惯,国民党法院在民事判例中都概予否认。可参见余盛峰:《近代中国“法律渊源”中的习惯法》,载黄宗智(主编):《历史社会法学:实践法史与理论》,北京:法律出版社2014年版。

③⑯ 近几十年来的所谓尖端科技都和语言、信息及沟通有关,如音位学与语言学理论,交流问题与控制论、现代代数与信息学、计算机与计算机语言、语言翻译问题与机器语言兼容性研究、存储问题与数据库、通信学与智能终端的建立、悖论学等。参见[法]利奥塔尔:《后现代状况》,车槿山译,南京大学出版社2011年版,第12页。

③⑰ 参见[美]威廉·W·费舍尔:《说话算数:技术、法律以及娱乐的未来》,李旭译,上海三联书店2013年版,第1—6页。

③⑱ See Ralf Michaels and Nils Jansen, “Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, No. 4 (2006), pp. 843-890; Larry Backer, “Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Law Making: Wal-Mart as Global Legislator,” *Connecticut Law Review*, Vol. 39 (2006), p. 1739.

③⑲ 从GATT的互惠模式到乌拉圭回合的总交易模式,详见[美]西尔维亚·奥斯特里:《世界贸易组织:压力下的体制》,载斯蒂文·伯恩斯坦、威廉·科尔曼(主编):《不确定的合法性:全球化时代的政治共同体、权力和权威》,丁开杰等译,北京:社会科学文献出版社2011年版,第119—141页。

④⑩ [美]苏珊·塞尔:《私权、公法——知识产权的全球化》,董刚、周超译,王传丽审校,北京:中国人民大学出版社2008年版,第75页。

④⑪ See Susan K. Sell, “Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion, and Choice,” *International Organization*, Vol. 49 (1995), pp. 315-349.

④⑫ “必须提供新东西”,这一压力来自各大社会系统的加速动力,这些功能系统让社会持续面对新问题,参见[德]鲁曼:《大众媒体的实在》,胡育祥、陈逸淳译,台

北:台北左岸文化出版2006年版,第55—57页。

④③有关“规模经济”与“范围经济”,参见[美]小艾尔弗雷德·钱德勒:《规模与范围:工业资本主义的原动力》,张逸人等译,北京:华夏出版社2006年版。

④④[英]斯各特·拉什:《信息批判》,杨德睿译,北京大学出版社2009年版,第86页。

④⑤[美]凯文·凯利:《科技想要什么?》,熊祥译,北京:中信出版社2011年版,第70页。

④⑥大厂商的官僚主义等级体系功能逐渐解体,例如营销、销售、研发、中间材料与初级材料生产的市场化,以及外包、转包、联营与合资形式的兴起。其典型代表是谷歌公司:它既是传媒公司,又不制造信息产品;它既是通信公司,又没有传送线路与电子设备;它既拥有众多分公司与机构,又不进行垂直整合,但这反而使它成

为当代信息帝国的“总开关”。参见[美]吴修铭:《总开关:信息帝国的兴衰变迁》,顾佳译,北京:中信出版社2011年版,第290—301页。

④⑦See Susan K. Sell, “Industry Strategies for Intellectual Property and Trade: The Quest for TRIPS, and Post-TRIPS Strategies,” *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 10, No. 1 (2002), pp. 79-108.

④⑧参见黄宗智:《重新认识中国劳动人民——劳动法规的历史演变与当前的非正规经济》,载《开放时代》2013年第5期。

④⑨学实际容易导向功利主义,可参见季卫东:《法理学在中国复活的契机》,载《中国法律评论》2016年第3期。

责任编辑:郑 英

OPEN TIMES

6th ISSUE , 2017

CONTENTS

FEATURE TOPIC I: HISTORICAL-SOCIAL STUDY OF LAW

The Three Traditions of Chinese Justice System and the Compilation of the Civil Code 12

Philip C. C. Huang

Abstract: The Chinese justice system is made up of three traditions: one is the tradition of the “Sinitic legal system,” including its informal justice system, most especially the system of community mediation. At the same time, administration and law have long been closely intertwined, something still readily apparent today. The second is the tradition, since the late Qing and the Republican periods, of importing laws from the West, especially of the Continental legal tradition, including its underlying theories and its discourse, and its many legal principles and articles that are integrated by legal logic. This is the main tradition that is guiding the drafting of a civil code today. The third is the tradition of the twentieth century Chinese Revolution, including its “party-state” polity and its socialist discourse, also readily apparent today. At the same time, there is also the “semiformal mediation” system that stems from the interactions between that party-state system and the other two major traditions. At present, the compilers of the civil code are focused only on formal legal texts, mainly those derived from the West, but if we take the long historical view and look at the actual practice of the justice system, it becomes clear that a long-lasting Chinese civil justice system must consider also the other two traditions, and how the three interrelate with one another. This is not only because they are closely intertwined in actual practice, but also because only by integrating the three can a legal system with genuine “Chinese characteristics” be built. Only by sorting out the multiple traditions, their differences and commonalities, can one consider how to draw the best from each, to syncretize and synthesize them, and to go beyond all three.

Key words: “customary law;” legal history research; informal, semiformal, and formal justice systems; the “family” and the individual in property rights; the party and the state, and administration and law

The Compilation of the Civil Law Code Under the Background of the Third Wave of Legal Globalization 38

Yu Chengfeng

Abstract: The third wave of legal globalization indicates that capitalist development is undergoing a major transformation. The world is building a comprehensive digitalization of people and things, information and interactive network, the new form of property, information capital and the rise of a large number of virtual economy,

posing an immense challenge to the traditional theory of human and property law. With the development of artificial intelligence and other technologies, the main body of civil rights presents a diversified trend, and civil law requires a new "human law" theory to redefine the concept of legal personality and legal behavior, which will profoundly change the traditional ownership, contract and tort theory. The modern civil code movement revolves around the construction of natural person's legal personality, and promotes the development of capitalism through the construction of the scarcity. Today, since the industrial revolution, the civil law order built around the tangible things has been completely transformed in the civil law order around the information construction. For China, it is necessary to effectively integrate the non-property, especially the information property, into the scope of the civil code system, and break the legal pattern of the traditional dualistic opposition in the construction of the civil law system. The compilation of the Chinese Civil Code must also respond to the paradigm of the three legal globalization movements and deeply understand the new trends of developments of world society.

Keywords: Chinese Civil Code, the third wave of legal globalization, artificial intelligence, theory of property rights, human law theory

Contract or Identity: the Rise and Fall of the US Labor Law in the 20th Century

56

Tian Lei

Abstract: Using "contract" and "identity" as the basic concepts and cognitive framework, we find that the history of the US labor law demonstrates a two-phase development process in the 20th century. Through the political struggle of Roosevelt's New Deal period, the labor law system, with the collective bargaining power of workers as the core mechanism, was established. The Supreme Court discovered the power inequality between capital and labor in the modern industrial system and therefore rejected the doctrine of freedom of contract. This represents a process "from contract to identity." The decline of labor law at the end of the century, or the transition from the collective labor law to the individual employment law, was in part the result of the conservative scholars' intellectual efforts. They use the law and economics as a weapon and claim the collective bargaining power of the workers' unions had caused wage over-evaluation and that a return to the contract-oriented private law system was needed. This was a re-contractualizing process.

Keywords: from contract to identity, collective labor law, individual employment law, relationship between capital and labor, law and economics

"Land Contracting Rights" in China: A Maitlandian Perspective

68

Cui Zhiyuan

Abstract: The tenure system in the common law may help deepen our understanding of the "land contracting rights" in China. Under the tenure system, the "estate" is essentially a temporal division of the right bundle of