

法大民商经济法评论

(第七卷) CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO



之人。

天道之光明，下参地道之精微。

天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。

食之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术。

有五车之才情，传世之篇章。

人民法院出版社



法大民商经济法评论

(第七卷)

CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法大民商经济法评论. 第七卷/ 王卫国主编. - 北京 :
人民法院出版社, 2011. 10

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0325 - 0

I. ①法… II. ①王… III. ①民法 - 中国 - 文集
②商法 - 中国 - 文集③经济法 - 中国 - 文集 IV.
①D923 - 53 ②D922. 29 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 207126 号

法大民商经济法评论 (第七卷)

王卫国 主编

责任编辑 林志农 孟 晋 张钧艳

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550575 (责任编辑)
65223677 (读者服务部) 67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 330 千字

印 张 19

版 次 2011 年 10 月第 1 版 2011 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0325 - 0

定 价 46.00 元

版权所有 侵权必究

序

《易》：“日月得天而能久照，四时变化而能久成。圣人久于其道而天下化成。”学问之人，上仰天道之光明，下参地道之精微，心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术，或可有五车之才情，传世之篇章。曰：若无炎黄以来数百代学人昼夜不息之涓涓，何以见数千年华夏文明气吞万里之泱泱！

今有中国政法大学（简称“法大”）民商经济法学院，乃今日中国法学学人之一群。本院成立于2002年，集法大各相关学科之精英，纳海内外之名宿新锐，组成民法、商法、经济法、民事诉讼法、环境资源法、知识产权法、财税金融法、劳动与社会保障法八大研究所，迄今有专任教师120余名，兼职教授50余名，在校本科生2000名、硕士博士研究生1500名，实乃当今中国最大之民商经济法学学者团队。

自2003年以来，本院以“砥砺学术，辩研精要”为旨，设“秋季论坛”，以为成果之检阅，并为交流之平台。当秋高气爽之时，全院师生济济一堂。论坛分若干单元，每单元先以选拔之佼佼者（青年为主）演讲，再由校内外名家（校外为主）点评，听众与嘉宾问答切磋，最后由主持人小结。论坛情趣高雅，气氛热烈，给人“余音绕梁，三日不绝”之感。曰：高堂论学，神采飞扬，雅室求卷，思绪留芳，学问之乐趣莫过于此；松径通幽，才俊辈出，枫林落雁，劲苗长驻，学府之成就莫过于斯也！

为将我辈学人之涓涓，汇入吾国学术之川流，特创办《法大民商经济法评论》。本书选取我校学术论坛的部分论文，按学科分门编排，作者均为本院师生。此外还将开辟翻译特区，刊载师生译作，以飨读者。祈望学界同仁及全院师生对本刊多加垂注、批评和参与。

是为序！

王卫国

（中国政法大学民商经济法学院院长、教授、博士生导师）

目 录

第一部分 民 法

意思自治之为民法学基本原理

——基于语义分析的建构性理解与诠释 / 侯佳儒 (1)

论人格权法定主义 / 易 军 (11)

狩猎权的法律构造

——从准物权的视角出发 / 戴孟勇 (37)

被约定的有限责任

——在民事责任的框架内对有限责任和约定责任概念的
重新审视 / 赵廉慧 (86)

第二部分 商 法

公司经营者责任诉讼研究 / 王 军 (100)

论合作社的法人属性 / 朱晓娟 (126)

责任保险法理基础的动态考察

——以责任保险与侵权法的互动为视角 / 郭宏彬 (143)

第三部分 民事诉讼法

论调解优先原则 / 刘金华 (172)

强制执行公证问题研究 / 邱星美 (198)

边沁证据法学思想之现代分析与诠释 / 纪格非 (216)

第四部分 经济法

论反垄断法的运行机制与机理

——以法益分析为视角 / 刘继峰 (233)

经济法：路在何方

——从“一种跨部门的方法”到归依第三法域 / 赵红梅 (257)

第一部分 民法

意思自治之为民法学基本原理

——基于语义分析的建构性理解与诠释

侯佳儒*

问题与处境

“意思自治”，一个充满诗意的词汇，正是以诗的两种意象呈现于我们的思想世界：一方面，它以其诗性的气质，强烈冲击我们体察私法制度的直观感受，唤醒我们的私权意识，培养我们的私法情感，并激发我们崇尚自由、追慕正义的理想和热情；另一方面，它又以其诗性的气质，让我们慎思明辨的理性倍感窘迫——“意思自治”，其义仿佛昭昭如白日不言自明，但实际上它却有某种难于言喻的特质。试问：尽管“意思自治是民法学的基本原理”在当今中国法学界几乎是一句公理性的论断，但究竟何为“意思自治”？何为“基本原理”？“意思自治是民法学的基本原理”，它曾经说过什么、又正在对我们诉说什么？对此问题领域，法学界却鲜有深入研究，相关资料文献也凤毛麟角，难得一见。尽管我们也常常看到有关“意思自治是民法学基本原理”这样的说法，但都言之即止，缺乏进一步的阐释，对这个问题的研究，我们充其量只是做了一种口号式的宣言、一种私法价值的自我标榜、一种制度理想的主张。这些研究显然不够。“意思自治是民法学基本原理”，即使对这一命题仅有最为含混、一般的理解，也能觉察出这一问题本身对民法学研究具有的基础性地位和根本性价值。

但欲着手研究，缺乏资料文献是我们的基本处境。这一处境对于已经习惯于归纳、总结、比较与借鉴这些理论研究方法的学者而言，无疑加剧研究难度，很多时候我们无从立论、无从论证、无从批判，根本无从下手。但是，问题本身的重要性又亟待我们去解决它，因此我们应该尝试采取新的研究思路。实际上，资料缺乏并非是不可克服的研究障碍：

* 中国政法大学民商经济法学院环境法研究所讲师、法学博士。

首先,我们对问题掌握多少“知识”与我们对问题的“理解”并非等量。对一定问题领域而言,比如“意思自治问题”,我们掌握了关于它的相应“知识”(如前人识见、观点、理论、学说等等),这的确可能增益我们对它的“理解”,或者说,获取一定的“知识”是我们得以“理解”的先决条件。但是“知识”能在多大程度上增益我们的“理解”,是否必然增进我们的“理解”,却和我们通常的认识大有差距。没有关于对象的任何“知识”(极端的情况,我们甚至于不知道有这么个“对象”存在),我们不会形成“理解”;但为了“理解”,我们也许不需要关于认识对象的所有“知识”。所谓“过犹不及”,太多的“知识”、“信息”和太少的“知识”、“信息”一样都是“理解”的障碍。问题不在于我们掌握有关研究对象的“多少信息”,而在于我们掌握了“多少有效信息”和“必要信息”。而信息是否足够、是否有效、是否必要,只能通过理论实践才能得到检验和证明,因此通过对“意思自治”基本语义的分析尽量获取对这一原理的基本理解,就成为本文必要的理论尝试活动。

再有,关于问题的“知识”和“信息”从来有真伪之分,在知识的筛选、运用上,人的主观性处处存在。“知识”和“信息”虽然能提高我们对事物的洞察和理解,但同样可以形成“遮蔽”现象,妨碍和阻隔我们和事物本身的接触。因此,现代的理论研究鼓励研究者更直接地面对现象、面对问题实质——借用一句话说,“走向事实本身”(胡塞尔语)——摆脱对历史中各种理论学说的依赖、抛开各种理论碎片对我们研究视野的蒙蔽和遮蔽,从研究者自身的生活体验、立足其时代的历史视野和知识发展水平,激发研究者自身的问题意识,促使研究者创造性的理解和解决其自身的理论问题。其实,我们完全也可以采取这种姿态、怀有这种预期来接触“意思自治问题”。

而且,理解是一种历史的现象,“理解是在历史中流动的”(伽达默尔语),人类认识问题、理解问题总要受到特定时代理论氛围、问题意识、知识水平等等因素的影响。而作为人类对特定事实领域的系统理解,理论自身也自然在历史中流动。特定时代的理论问题意识,论辩情境、知识水平、图景模式,这些因素都会影响我们对特定问题的理解和诠释。因此,理论性的理解和诠释不仅仅要有总结、归纳和比较的维度,还应该具有开放的胸怀,充满想象力,面向未来、面向可能。从这一点来说,建构性的理解和阐释民法基本原理,实际上是理论研究应该必备的品格和特质。

语义分析与初步领会

（一）对“意思自治”的语义梳理

那么，我们该如何理解“意思自治是民法学基本原理”这一命题？我们应该如何诠释它，解读它的当下意义？这里要做的第一项工作，就是先要对几个关键词汇进行语义梳理，通过这种语义分析来获得对“意思自治是民法学基本原理”这个命题的初步领会：

1. 关于“意思自治”，按字面的意思，就是个人可以自主生活，可以依照个人的意志、意愿处理他的个人事务和个人生活，这一点学界少有异议。而所谓的“私法自治”、“私域自治”这些提法，与“意思自治”并无实质不同，有的只是在不同语境下的修辞差别，它们内在的精神、理念并无大异。在这里要强调这样一点，即在我们的民法学理论研究的语义表述中，事实上有两个不同层次的所谓的“意思自治”：一是作为一条具体的民法基本原则的“意思自治原则”，一是作为民法学理论内在经纬的“意思自治原理”。这两者不可混同。在笔者看来，对这两者不做界分，乃是目前“意思自治问题”之所以被搁置的原因之一。

2. 关于“基本原理”。按字面的意思，所谓“基本原理”，就是“带有普遍性的、最基本的、可以作为其他规律的基础的规律”，或者是“具有普遍意义的道理”。^①这种通常理解可以构成我们对“基本原理”的最初领会，而且这种领会引导我们最初用“基本原理”这一词汇表述我们对“意思自治”所赋予的意义和期待，这种对“基本原理”一词的惯常理解，仍然是我们把握“意思自治”精神的前见和依据。

3. 要明确，意思自治是民法学的基本原理——而并非民法的基本原理——对这一点不做区分，是遮蔽我们洞察“意思自治问题”的主要阴翳所在。民法区别于民法学，民法即民事法律规范体系，民法学则是对民法这一规范体系予以解说、阐释的理论体系；民法是民法学研究的对象，民法学则是关于民法的知识体系。作为“基本原理”，它是阐释民法规范的一种理论工具，因此属于民法学范畴，意思自治是民法学——而非民法——的基本原理。

因此，当我们说“意思自治是民法学的基本原理”，实际上是要表述两层含义：（1）它说明“意思自治”是解释民法——作为一种法律规范体系——的一种理论，“意思自治”不能被简单视为民法这一规范体系组成之一部——恰如目前许多学者所误解的那样。事实上，对“民法学”与“民法”用语不做区分，

^① 《现代汉语词典》，商务印书馆1996年第3版，第1548页。

和前文提及的对“作为基本原则的意思自治”与“作为基本原理的意思自治”不做区分这两种错误倾向乃互为因果；(2) 它说明“意思自治”是建构民法学——用以解释民法规范的理论——的依据、根本和基石，即所谓“基本原理”。这一点认识很重要。我们从西方继受了民法制度，也陆续引进了解释这一制度的相应理论话语。但我们至今却没有找到阐释民法的根本标准，没有找到对我们所有的理论争议能够做出仲裁、评判的最终尺度，以至诸多民法问题久议不决、有争执无定论，最终往往不了了之，或者被回避，或者被搁置。究其原因，就在于我们没有找到民法制度的纲领，没有抓住其中的要害，并因此而失去了思考的坐标和维度。要走出这种困境——至少在我看来——就要重提“意思自治”，“意思自治是民法学的基本原理”这一几乎被遗忘的命题，已经昭示了我们思考的所向之处。

(二) “意思自治”原理的阐释框架

至此可知，“意思自治”是用来解释民法规范的一种理论，同时也应该是建构民法学理论的根本纲领和基本标尺。现在的问题是：对于“意思自治”和“民法学”之间这样的一种原理性的关系，我们应该如何去阐释？

进一步说，我们应该对“意思自治”树立一种什么样的态度、立场、观点——然后借助它们——建立“意思自治”在我们头脑中的坐标和思维地图，从而使我们得以去剖析、阐明掩盖在“基本原理”这一说法下、我们尚未言明的主张、见解、知识，得以去引发、揭示那些源自想象力、源自我们自身、源自我们存在深处尚未显露的秘密？

对此，我们应该回复到“理论”这个概念。我们可以尝试着从如下的观点着手：

1. 我们的这种阐释行为就其性质而言，乃是一种创新性的理论阐释，而且这种理论创新顺理成章，是水到渠成的必然之举。原因在于，我们对“意思自治”这一命题的审视，有推进了的视角，有放宽了的历史视域，并涵摄了新的知识增量，相应的认识水平必然有新的增长。而且，传统在这里，成为一种有待重新开发、利用的储备和资源，它并没有被预设成教义、教条和不可逾越的永恒真理或者客观规律。明白这一点，我们就可以摆脱传统的羁绊，抛开已有理论碎片的困扰和遮蔽，无须从历史偶然的学说、漂流的概念中寻找依据，我们尽管立足当下，着眼于当代的知识水平，着眼于当前法制实践的需求，用我们自己的语言去提出、陈述并阐释我们自己的民法问题，并用我们自己的恰当方式找出症结、提出解决方案。

2. 我们要阐释“基本原理”，就要对“基本原理”和“理论”两者的关系

有更进一步的认识。关于何为“理论”，我们可以从两个角度观察：从其内容看，理论反映了人们对自然或社会的认识和理解；而在形式上，理论则表现为概念、原理的体系，是一系列假设命题的组合。若以这种“理论”的观念去考察“基本原理”，我们可以认为：从理论内容的角度看，“基本原理”就是我们对“理论内容”的最根本最实质性的概括。凡对理论性问题的追问都可以穷根尽底、永无限度的被追问下去，但一旦有一个命题被设为“基本原理”，就意味着在此处我们可以预设它为不容置疑，构成我们在此领域的“隐秘理性独断”。任何一个理论的内在体系、内容上都会有各种各样的不同观点、认识、争执，“基本原理”就是该领域进行辨别是非的根本性标准。从理论形式构成来看，理论是一组假设命题之间的逻辑体系，那么“基本原理”即是这一逻辑体系的源始假设和最初前提。事实上，任何一门成熟的理论体系，都是从最为精炼的初始概念出发，以严密的逻辑手段推演出一系列的定理、定律，形成普遍性、预测性的结论，从而为理解、描述、解释世界提供强有力的逻辑。^① 法学理论，自然不能例外。

3. 关于“理论”一词的基本内涵，一种现代的观点认为应该从三个层次去把握：（1）它们都是由一系列的概念、范畴和原理构成的知识体系。这些知识体系既为人们提供了关于世界的相应的图景，又为人们解释这种世界图景提供了某种“原理”或“公理”。（2）它们的知识体系中都蕴涵着构成该种知识体系及其相应的世界图景的思维方式。（3）作为知识体系和思维方式的科学和哲学，规范着人们的所思所想和所作所为，即规范着人们的价值评价和价值选择。因此，简捷地说，科学和哲学的三重基本内涵，就是知识体系、思维方式和价值规范的统一。^②

所谓“知识体系、思维方式和价值规范的统一”，也就是世界观、价值观和方法论的统一。客观世界存在于人的主观世界之外，但世界以何种面目呈现于人的主观世界，则需要借助“历史和语言的中介”^③，而人借助历史和语言的中介所看到的世界，即是世界呈现于人头脑中的世界图景。世界图景回答这样一个问题：人与世界的关系是什么样的——它是人对自身与世界的关系的理解。因为世界图景不同，使人在思考人与世界的关系时就具有了不同的思维方式和价值规范，而知识体系、价值规范、思维方式正是一个科学理论所必备的三重内涵。

这种关于“理论”的理论，为我们勾勒了一幅关于“理论”本身的立体化

^{①②} 孙正聿：《哲学导论》，中国人民大学出版社2000年版，第72页。

^③ [美] 斯蒂文·贝斯特、道格拉斯·凯尔纳：《后现代理论》，张志斌译，中央编译出版社1999年版，第28页。

图景,在本文它成为重新建构理论体系的基本依据。对理论内涵做知识体系、思维方式和价值规范这三种层次的界分,最重要的作用——在我看来——就是为我们阐释“意思自治”之所以为“基本原理”建立了思考的坐标、思维所向的维度:既然知识体系、思维方式和价值规范这三种内涵是任何理论的必然属性,在事实上它们已经搭构了一座理论大厦的形式轮廓和框架,因此从这种形式框架入手按图索骥探询“意思自治是民法学基本原理”这一理论的内涵,既可能也可行。

作为基本原理的意思自治

(一) 意思自治原理:一种“地方性知识”及其普世价值

至此我们回到最初的问题:“意思自治”何以为民法学基本原理?一句话,它表明意思自治乃是民法学的全部精髓、要义和理想。所谓“精髓”,意在表明意思自治乃是民法制度全部规范内在的精神、灵魂,是民法现行法律规范、法律制度的要义,意思自治赋予民法全部规范以生命意志与发展动力;^①所谓“要义”,意谓“意思自治”乃是理解民法全部制度内容的根本的、乃至唯一有效地“中介”,^②它是打开民法世界大门的有效密匙;所谓“理想”,意谓“意思自治”是民法制度的终极价值取向,它构成一个社会对于民法制度实践据以评价的根本尺度,是人们解释民法规范的知识体系。

显然,这种对意思自治原理的解释是建构性的,阐释性的。通过这种方式界定意思自治原理,意图阐明民法规范的世界图景、价值取向以及思维特质——在世界图景层面,意思自治反映了西方文化对个人与社会、世界之间存在的关系的基本理解,是一种地方性的“知识”,它立足于个体自由的社会理想和个人自主的生活信仰,努力建构个体最大自由与社会共存的现实社会制度。基于此,在价值尺度层面,意思自治崇尚在社会共存基础上的个体自由,在思维方式层面,基于个体主义的哲学观念,以意思自治为基本原理的民法尊重个体的生命尊严与价值,推崇个体权利本位。

法的观念、法律都不是超时空的抽象物,法律文化研究学者强调法律作为一

^① 把意思自治视为民法的“精髓”,这是目前民法学界的一种普遍性表述方式。例如,徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社2004年版,第3页。

^② 现代学者强调理论是对现实的再现,理论是对现实的“镜像反映”,而后现代理论则采取一种“相对主义”和“视角主义”的观点,认为理论充其量只是提供了关于对象的局部性观点,而且所有认识形成理论要受到语言和历史的中介。参见斯蒂文·贝斯特、道格拉斯·凯尔纳:《后现代理论》,张志斌译,中央编译出版社1999年版,第5页。

种“地方性知识”的事实。^① 尽管人类生活、人类世界存在着一般性，人类生活有着共同性，但是在不同的时空文化背景下，人类理解问题的立场、态度以及解决问题的方式却千差万别；也正因如此，人类社会才有了千差万别的生活场景，个体也因此可能享有千差万别的生命体验和各自丰富多彩的意义世界。在这一点上，意思自治原理是西方制度文明的产物，是植根个体主义文化土壤的一种“地方性知识和观点”。强调“意思自治”是一种“地方性知识和观点”，在方法论的意义上要求我们解读“意思自治”要有“语境”意识，要求我们对“意思自治原理”的研究要在西方社会的历史与文化中寻求其意义。但同时，意思自治原理体现了人类对个体自由和个体价值的充分推崇和追求，它具有普世的维度，这表明对意思自治原理的阐释还需要超越地方性的视野。

（二）民法的世界图景：一种个体主义的视野

所谓“个体主义”，按照《简明不列颠百科全书》的定义：一切价值均以人为中心，即一切价值都是由人体验的（但不一定是由人创造的）；个人本身就是目的，具有最高价值，社会只是达到个人目的的手段；一切个人从某种意义上说在道义上是平等的……任何人都不得被当作另一个人获得幸福的工具。……所有的个人主义者都认为政府干预人们生活应当保持在最小限度；政府主要职能以维持法律和秩序，防止个人对别人的干扰，和监督执行自愿缔结的协议为限。……个人主义也指一种财产制度，即每个人（家庭）都享有最大限度的机会去取得财产，并按自己的意愿去管理和转让财产。^②

个人主义是西方价值观念的思想基础，贯穿于西方价值观念体系的各个方面，体现了西方价值观念的根本性质，民法也无例外。民法的精神、思想、思维方式都深深载荷个人主义的烙印。近代民法产生之时，资本主义社会的宗法制度基本解体，个人取得相对于家庭、教会的独立地位；在政治上，欧洲民族国家逐渐形成，国王代表的政权战胜教皇代表的教权；在经济上，商品经济得到极大发展，社会个体成员在法律上取得了平等、独立、自由的经济地位。^③ 因应上述的政治、社会背景，这一时期形成的人与世界之间的“世界图景”，是一幅以人类为中心的“世界图景”。借用启蒙哲学家康德的思想来表述：在个人与他人之间，人之为人，其自身系属目的，不得仅以目的使用之；在人与大自然之间，人

① 相应观点可以参考梁治平主编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版；[美]吉尔兹：《地方性知识：阐释学人类学论文集》，王海龙、张家宣译，中央编译出版社2004年版。

② 转引自赵文洪：《私人财产权利体系的发展》，中国社会科学出版社1998年版，第32页。

③ 参见谢怀栻：《民法的意义与近代民法的形成》，载《外国民商法精要》第一章，法律出版社2002年版。

是大自然的最后目的,大自然不给予人类现成的幸福,却又给了人类生存最基本的条件,以使其能在此基础上进行创造和奋斗;大自然赋予人理性,理性使人获得了不同于他物的自尊、自我意识和意志自由,理性是人一切能力的根据,是人在生存方式上高于一切他物的关键;大自然以对抗促进人类进步。^①这种世界图景在民法制度上得到承认,其标志即是近代民法模式的确立:抽象人格平等、私的所有权神圣、契约自由、自己责任。

(三) 民法的价值取向:社会共存基础上的个体充分自由

所谓的“意思自治”从来不是主张个人放任、个人得自行其是。在“意思自治”原理中,隐含着社会共存的价值和原则。意思自治是民法学的基本原理,意思自治是民法制度中的一条基本原则,这种表述首先就已经确认个人自治是在法律约束下的一种“意思自治”。意思自治原理从来就是、并且依然应该是个人自由与社会共存的法理想的价值整合。对这一点,存在着一种“意思自治”被片面理解的理论倾向,在既有的理论话语中,民法崇尚个体自由的价值向度总被提及,但事关社会共存的价值向度却几乎被彻底遗忘。事实上,意思自治从来就是与社会共存并生于民法的理想之中。民法旨在实现一个意思自治的法理想,这是民法宗旨所在;但是这个法理想,却是一个社会关于个体行为自由的制度理想和法治信仰。这里前提性地预设着社会的存在,因此在这样一个社会中,约束自由人共存的原则必然存在。民法事实上在规范着一个自由的私域、支撑着一个市民社会,那么社会共存原则对于民法意思自治乃是不言自明的存在。

民法的价值取向乃是个体自由和社会共存的双维向度。在个体自由和社会共存两种价值的关系中:

1. 社会共存原则是民法,也是全部法律制度存在的前提,这点同样不言自明。主张个人自由与社会共存也是当代法哲学的一个普遍性认识。博登海默说:法律是关注于个人自由的,无论那种制度。任何一个法律制度的理想都应该架构在个人自由和社会共存两种价值观念下。^②而且,每一个社会和时代都因为自身特殊的历史情境、特殊的论辩情境,在自由与社会共存原则价值的选择上各有侧重。但与其他法律制度比较,民法的特点在于,民法中社会共存价值只是作为基石性的、条件性的原则而存在。社会共存是一切法律的基本要求和前提假设,但是民法的本质是基于个人行为自由法理想的专门制度建构,民法专门意在实现意

① 陈新夏:《康德的目的论与“人类中心主义”问题》,载《首都师范大学学报:社科版》2003年第1期,第52~56页。

② [美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第8页。

思自治。

自由是民法的核心价值。自由思想发端于古希腊哲人，并经罗马人的努力通过意思自治而深刻渗透于罗马法；及至近代启蒙运动兴起，自由主义成为启蒙运动的一面旗帜。启蒙时期的自由主义，是一种“个人主义”的自由：对个人自身，自由乃是天赋人权，自由规定着人的本质属性，个人自由高于一切；针对国家，这种自由主义旨在维护和保障个人自由不受侵犯，认为国家统治的合法性源自被统治者的同意。针对个体，启蒙的个人自由主义的实质就是人本主义，在人与社会的关系中，确认了个人是目的，社会是手段；针对自由主义的国家，启蒙的自由主义包含了自由、平等、民主等政治哲学观念。对个体自由的推崇和保障是近代民法的根本性特征。近代民法是“现代性”塑造私法领域的相应产物；“现代性”构成近代民法精神的内核。^① 近代民法和现代性都植根启蒙运动的思想体系，以理性主义、自由主义和科学主义为根基，形成耦合关系并具有共同的精神气质，即一种“反抗中世纪社会及其制度和思想的精神”，一种“在思想和行动的领域里人类理性的自我伸张”^②。

2. 社会共存原则是对意思自治的限制和约束，这种原则在法律制度中的体现必然是强制性规定，这种原则在实践中的实施必然依赖于国家强力。但要强调的是，这种社会共存原则是意思自治原则的内在逻辑要求，这种国家强力的存在是为了实现意思自治所必须，内生于意思自治制度的封闭体系。它不简单地等同于国家干涉。尽管后者在形式上同样求助于国家强力，但是二者的规范意旨不同。而我们要做的工作在于揭示社会共存原则作为隐而不宣的存在的全部事实，同时一个关键性的工作在于，把不必要的国家强力——非基于意思自治法理想内在逻辑需求的国家强力——尽可能的从社会共存的借口清理出来。对于民法基本原则的体系来说，一个根本的努力在思想上就是要尽可能避免为政府的干预给予“借口”。这种政府的粗暴干预，在当前民法“社会化”的理论下，事实上成为了意思自治的最大阻碍。因此我们对所谓的“民法社会化”的讨论做一下清理工作是必要的。

（四）民法的思维方式：个人权利本位

以个体主义方式审视世界，在个人与整体的关系中，个人是本位，或者说个人是始点、核心和目的，国家和社会的使命就是要保护个人的权利。植根于这种个体主义的文化观念，近代民法充分肯定社会中每个个体有决定自己生活和前途的自由和权

① 侯佳儒：《近代民法的现代性危机及其后现代转向——兼论当代民法使命》，载《中国政法大学学报》2009年第2期。

② [美] 梯利：《西方哲学史》，葛力译，商务印书馆2001年版，第421页。

利,个人的一切由个人自己负责;在个体的所有权利中,自由、平等是最基本的权利,因而国家和社会的最高使命就是要保护个人自由、平等的权利。作为近代民法这种理想和追求的集中体现,近代民法在方法论维度确立了以个人为本位、以权利为本位的民法思维方式:所谓以个人为本位,是指“个人是主体,一切从个人意思为出发点”;所谓以权利为本位,是指“一切以权利为出发点”。^①

这种个体本位、权利本位的观念是民法“意思自治”原理的重要内涵。近代民法建立在私法自治基础上,其伦理基础即“人的相互尊重”,旨在保障每个人的存在及尊严。民法的目的借助康德的道德训诫来表述即是:“人之为人,其自身系属目的,不得仅以目的使用之”;黑格尔将这一法的“绝对命令”表述为:“自以为人,并尊重他人为人”。^②事实上,在这些训诫中,既可以看到对个体自由的追求和肯定,也可以看到对社会共存价值的深沉呼吁。近代民法鼓励、激发个人的权利意识,强化个人的权利意志,耶林高呼“斗争是法的生命”,认为个人“为权利而斗争是对自己的义务”,是“对社会的义务”。^③这一人的形象也决定,民法学语言必然以“权利”为核心词。在这一图景下民法所关注的,惟个人的权利、个人的利益与个人的行为自由。近代民法崇尚个人自由与尊严,在民法理论上实际将人(Person)、权利主体(Rechtssubjekt)、权利能力(Rechtsfaehigkeit)三者等而视之。^④

以个体为本位、以权利为本位,是民法在调整社会关系过程中的根本性指导原则和基本方法,是民法制度的理想所在和最终价值所向。正因如此,当我国民法学者言及民法的本质,一致认为民法是“权利法”、是“自由之法”、是“个人本位的法”,这些都是对民法意思自治理想的重申;也正因如此,无论有关“民法社会化”、“私法社会化”的论腔何等激烈,学界仍然认为“私的本位”乃是“民法在制度转变中不变的信念”^⑤,意思自治仍然是“民法的基本原理”,而意思自治基本功能即在于“保障个人具有根据自己的意志,通过其法律行为构筑其私法关系的可能性”,进而保障个人的自主生活。^⑥

① 参见谢怀栻:《民法的意义与近代民法的形成》,载《外国民商法精要》第一章,法律出版社2002年版。

② 王泽鉴:《民法总则》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第35页。

③ [德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛(第2卷)》,法律出版社1994年版,第12~59页。

④ 王泽鉴:《民法总则》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第35页。

⑤ 易继明:《私法精神与制度变迁》,中国政法大学出版社2003年版,第178~200页。

⑥ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第8页。

论人格权法定主义

易 军*

引 言

权利设定的模式，无外乎法定主义与意定主义两种形态。在公法上，权利的设定普遍性的实行法定主义，最典型的莫过于罪刑法定、税收法定等。而在私法上，则并存着法定主义与意定主义（设权主义）两种法律调整方式，^① 两者一起构成“民法技术的典型”。^② “全部民事法律关系从调整方法角度可分为两部分：其中一部分法律关系可直接借助法定主义确认其权利义务内容并直接得以实现，另一部分法律关系则必须通过法律行为制度才能完成其内容确定和实现过程。”^③ 所谓法定主义，是指权利的类型、内容等要素由法律明确规定，当事人不得任意创设与法律规定不符的权利。^④ 私法上，一般主张实行法定主义的有：企业形态

* 中国政法大学民商经济法学院副教授、法学博士。

① 造成此种差异的最重要的理由之一就是，私法以个人自由决定为特征，公法则以强制或拘束为内容；前者强调自主决定，后者须有法律依据及一定的权限。参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第12页。

② [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第94页。

③ 董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，前言。

④ 参见应振芳：《司法能动、法官造法和知识产权法定主义》，载《浙江社会科学》2008年第4期。