

上海市教委重点学科
华东政法学院民商法丛书

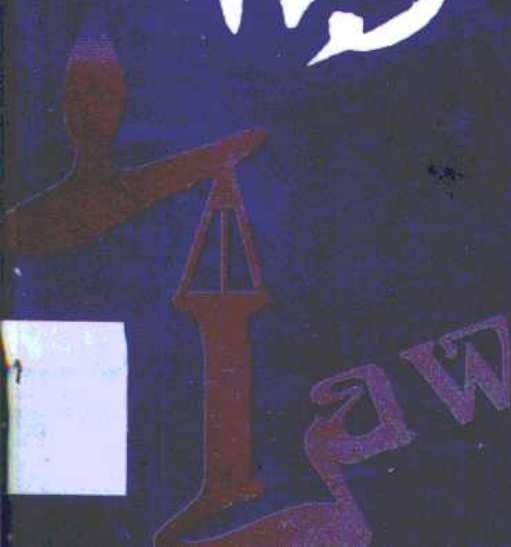
民法哲学

李锡鹤 著

论

稿

复旦大学出版社



● 上海市教委重点学科·华东政法学院民商法丛书

● 何勤华 主编

民法哲学论稿

李锡鹤 著

复旦大学出版社

导言 民法哲学的概念

哲学是自然科学和社会科学的概括和总结,是世界观和方法论。哲学不能归入任何一门具体科学。一种“哲学”,如果以一门具体科学命名,如艺术哲学,教育哲学,法哲学……实际上是关于该门科学的哲学性思维,即该门科学的最高抽象。这种“具体科学哲学”是从本门科学抽象出本门科学的一般理论,不是从本门科学抽象出哲学原理;是对本门科学的哲学性概括,不是对本门科学的哲学概括;是本门科学的整体观和方法论,不是世界观和各门科学的共同的方法论。可以作出以下推论:(1)“具体科学哲学”是本门科学的一个分支,不是哲学,也不是介于本门科学和哲学之间的边缘学科。(2)正如哲学的研究范围包括全部存在和思维,“具体科学哲学”的研究范围包括本门科学的全部领域和全部内容,而不仅仅是本门科学的哲学问题,也不仅仅是本门科学的一般理论和发展规律。本门科学的一般理论和发展规律是“具体科学哲学”从本门科学的全部内容所抽象出的结果,不是“具体科学哲学”的抽象范围。“具体科学哲学”本身则

是哲学的直接抽象范围,哲学从中发现“具体科学哲学”的哲学问题,并抽象出哲学原理。(3)正如哲学对全部存在和思维的研究仅仅是哲学概括,而不是具体的研究,“具体科学哲学”对本门科学全部内容的研究也仅仅是哲学性概括,而不是具体的研究。各门科学的具体研究是各门科学的哲学概括的基础,为哲学概括所必须,但本身不是哲学。本门科学的具体研究是本门科学的哲学性概括的基础,为本门科学所必须,但本身不是“具体科学哲学”。

如果说哲学对各门具体科学的全部研究工作有基本的指导作用,那么,“具体科学哲学”对本门科学的全部研究工作有具体的指导作用。这是“具体科学哲学”的存在理由。法哲学就是法学的整体观和方法论,是法学的一个分支,不是哲学,也不是介于哲学和法学之间的边缘学科。法哲学的研究范围包括全部法律现象,但法哲学对全部法律现象仅仅是进行哲学性概括,不进行具体研究。对全部法律现象的具体研究是对全部法律现象的哲学性概括的基础,为哲学性概括所必须,但本身不是法哲学。法哲学对法学的全部研究工作有比哲学具体的指导作用,这是法哲学的存在理由。民法哲学就是民法学的整体观和方法论。民法哲学从民法学所抽象的是民法学的一般理论,不是哲学原理,也不是法学的一般原理。因此,民法哲学是民法学的一个分支,不是哲学,也不是法哲学,也不是介于哲学和民法学之间,或者,介于法哲学和民法学之间的边缘学科。民法哲学的研究范围包括全

部民事现象,但民法哲学对全部民事现象也仅仅是进行哲学性概括,不进行具体研究。对全部民事现象的具体研究是对全部民事现象的哲学性概括的基础,为哲学性概括所必须,但本身不是民法哲学。民法哲学对民法学的全部研究工作有比法哲学更具体的指导作用,这是民法哲学的存在理由。

民法哲学虽然不是法哲学,但民法哲学和法哲学有密切的联系。民法哲学和法哲学的关系,类似于法哲学和哲学的关系,是特殊和一般的关系。哲学为法哲学的研究提供了方法,同样,法哲学为民法哲学的研究提供了方法。民法学是法学的一部分,民法学的不少范畴,是法学的相应范畴的种概念,直接由法学的相应范畴所派生。民法学范畴的阐明,常常必须建立在阐明相应法学范畴的基础上。因此,法哲学不仅提供了民法哲学的研究方法,而且提供了民法哲学的不少范畴的半成品,甚至可以说,一旦阐明了法哲学的一些范畴,民法哲学的相应范畴就清楚了。当然,反过来也可以说,民法哲学的研究工作,也直接参与了法哲学的建设。

法律是行为规范,法学可以说是行为的规范学。如果要对法学作出哲学性概括,现成的答案就是行为规范学。然而,“行为规范学”这一概括,停留于行为,没有涉及行为的背后。同样,民法是民事行为规范,民法学可以说是民事行为的规范学。如果要对民法学作出哲学性概括,现成的答案就是民事行为规范学。然而,“民事行为规范学”这一概括,停留于民事行为,没有涉及民事行为

的背后。停留于研究行为的法学是一种平面的法学,停留于概括行为的法哲学是一种平面的法哲学。同样,停留于研究民事行为的民法学是一种平面的民法学,停留于概括民事行为的民法哲学是一种平面的民法哲学。行为是意志的外在表现,意志是行为的动因。行为的背后是表现为行为的意志。不难发现,为了揭示行为的背后,法学和法哲学都需要一个表示表现为行为的意志的概念,这一概念就是后文将论述的实践性意志。从现象看,法学是行为的规范学;从本质看,法学是实践性意志的实践学、表现学。同样,民事行为的背后是表现为民事行为的意志。不难发现,为了揭示民事行为的背后,民法学和民法哲学都需要一个表示表现为民事行为的意志的概念,这一概念就是民事意志。从现象看,民法学是民事行为的规范学;从本质看,民法学是民事意志的实践学、表现学。

意志是决定达到某种目的而产生的心理状态。从是否以实践自身为实现手段的角度,意志可分为实践性意志和非实践性意志。以实践自身为实现手段的意志,或者说,需要付诸实践才能实现的意志,为实践性意志。绝大多数意志都是实践性意志。不以实践自身为实现手段的意志,或者说,不需要付诸实践就能实现的意志,为非实践性意志,如决心思考某个问题。非实践性意志的实现过程是纯粹的心理过程,从法理上说,不受法律规范。法学上讨论的意志,应该是实践性意志。

从意志所表现的行为是否产生法律效果,即设立、变

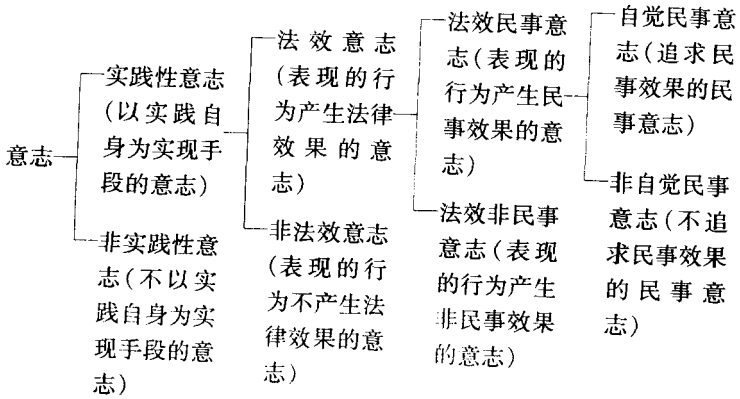
更、终止权利义务关系的角度,实践性意志可分为法效意志和非法效意志。表现的行为产生法律效果的意志为法效意志,表现的行为不产生法律效果的意志为非法效意志。

从表现的行为所产生的法律效果是否具有民事性质,法效意志可分为法效民事意志和法效非民事意志。表现的行为产生民事效果的意志为法效民事意志,简称民事意志;表现的行为产生非民事效果的意志为法效非民事意志。

从民事意志本身是否追求民事效果的角度,民事意志可分为自觉民事意志和非自觉民事意志。追求民事效果的民事意志为自觉民事意志,不追求民事效果的民事意志为非自觉民事意志。

意志的分类可列表如下页图。

民法学本质上是民事意志的实践学、表现学。民法学的这一本质主要表现在以下各个方面:民事意志的存在资格——民事人格;民事意志的载体——民事主体;民事意志的支配对象——民事客体;民事意志实现的可能性——民事权利;民事意志实现的必要性——民事义务;民事意志的实践领域——民事关系;民事意志的实现领域——民事法律关系;民事意志的实践形式——民事行为;民事意志的实现形式——民事法律行为;民事意志的实践原则——民法基本原则;民事意志的实现期限——时效;民事意志的实践责任——民事责任。本书将对民事意志的各个属性作具体的阐述。



第一章 人格的概念

一、人格的词源

严格地说,法学中的人格是法学范畴,不是民法学范畴。民法学中相应的范畴是民事人格。但民事人格不过是民事领域中的人格,不弄清楚人格的概念,民事人格的概念是弄不清楚的。而要弄清楚人格的概念,最好是从民法说起。

现代民法源自罗马法,研究民法,应从罗马法开始。民法确认民事关系当事人各方地位平等,并以此区别于其他部门法,研究民法,又应从罗马法的身份规定开始。

确切地说,罗马法是指罗马奴隶制国家时期的全部法律。由于地理、历史的原因,古代罗马的简单商品经济十分发达,以调整私人之间的财产关系和家庭婚姻关系为宗旨的私法得到了高度发展,取得了独立于公法的地位。法律第一次被分为公法和私法。罗马法的精华在私法,后人对罗马法的研究,主要也是研究它的私法。因此,通常所说的罗马法,仅指罗马法中的私法。

研究罗马法,人们往往重物法而轻人法,即重视罗马法规范财产权利的法权原则及其具体规定,轻视罗马法关于主体身份的规定。自然人完全的社会身份包括民事身份和政治身份。罗马法中主体的身份规定也包括民事身份和政治身份两个方面,超出了民事范围。但两种身份存在一定的联系,不能割裂开来研究。罗马法关于两种身份的规定,历来都是罗马私法的内容。人类的文明史是一个人格逐渐解放的过程,自然人的身份作用逐渐减少,经济联系逐渐增多,罗马法的继承人们重物法轻人法,有一定的理由,但不能认为,罗马法的人法已没有研究价值了,相反,由于种种原因,两千年前的这些身份规定中还蕴藏着值得探讨的十分重要的内容。

罗马法对于财产权利的规范,包括罗马法关于所有权、他物权、债权、合同等的规定。如果要用最简单的语言概括罗马法的法权原则,似可借用《圣经》中的一句话来表述:“凯撒的东西应当归凯撒。”

商品经济的基本特征是交换者双方在交换过程中地位平等,任何一方都不能把自己的意志强加于对方。这就是所谓的财产所有者资格平等,或者说财产资格平等。这里需要稍作说明。人有贫富之分,所谓贫富,自然是占有财富的不平等,但这一不平等其实是财产所有权人财产资格平等的另一种表述:富人和穷人都具有资格支配自己的财产,或者说,富人和穷人在支配自己的财产上资格平等。可见,商品经济的基本特征蕴含着一个前提:交换者双方都享有支配各自的交换物的资格。用法学术语表

示,这里的资格就是权利。罗马法的法权原则,就是这一前提的逻辑根据,因而也可以说是商品经济的逻辑根据。

罗马法的法权原则被称为商品经济的“几何公理”。这一比喻充分反映了这一原则对商品经济的重要意义,但这一原则只能解决“凯撒”的财产归属问题,不能解决谁能成为“凯撒”,即“凯撒”的条件问题。而对于商品经济的建立和发展来说,如何规定“凯撒”的条件是第一位的问题,具有决定性的意义。“凯撒”的财产归属是第二位的问题。“凯撒”的条件就是罗马法的身份规定。应该承认,在罗马法的复兴过程中,罗马法的法权原则及其具体规定起了重要作用,但起根本作用的是罗马法的身份规定。几千年来,我国的民法落后了,主要症结也在身份规定。中国近代有所谓“体”“用”之辩。“体”就是法律的身份规定。“中体西用”说的头号理论家张之洞说得很清楚:“君为臣纲,父为子纲,夫为妻纲……天不变道亦不变之义本之……此其不可得与民变革者也……圣人之所以为圣人,中国之所以为中国,实在于此。”(《劝学篇》)规范财产权利的法权原则及其具体规定属于“用”。当年严复反驳张之洞:“有牛之体则有负重之用,有马之体则有致远之用,未闻以牛为体以马为用者也。”(《与外交报主人论教育书》)古今中外,无论在什么地方,没有合适的人法土壤,移植的物法或不会开花结果,或长出畸形的花果。人法重于物法,人法具有基本的性质,物法是由人法派生的,是实现人法的工具。而要理解罗马法的身份规定及其意义、影响,关键是理解罗马法的身份规定的基本范

畴——人格。

现代汉语中的“人格”一词，是多义词，在伦理学中表示尊严、价值、道德等；在心理学中表示个性；在人格主义哲学中表示“自我”、“唯一的存在”；在法学中表示主体资格。中国古代似没有“人格”一词。近人章炳麟《诸子略语》：“孔子家居教人，多修己治人之言，不求超出人格。”这里的“人格”，指人事之范围。现代汉语中的“人格”已无此义。日本学者认为：日本法学家在翻译西方法学中的 personality 时，用汉字创造了“人格”一词，表示法律上的主体资格；现代汉语中的“人格”一词，是从日文引入的。的确，比较一下，不难发现，现代汉语中的“人格”的其他词义，实际上都是从法律上的“主体资格”这一词义所派生的，因此现代汉语中的“人格”的本义是法律上的主体资格。可以推论，现代汉语中的“人格”一词来自日文，和章炳麟《诸子略说》中的“人格”无关。

西方法学中的“人格”概念，源自罗马法。前文指出，商品交换关系存在一个前提：交换者双方都享有支配各自的交换物的资格。这一前提比较明显，但这一前提本身还存在一个前提：交换者双方都享有取得交换物的资格。后一前提就不易发现了。这里的资格不再是权利，而是权利资格。法学上称权利义务的承担者为主体，权利资格就是主体资格。显然，要想成为“凯撒”，必须享有主体资格。古罗马的法学家以惊人的抽象能力，发现了“主体资格”这一法学范畴，称其为“人格”。

19世纪时，德国法学家把取得权利，即成为主体的资

格,称为权利能力。在现代法学理论中,主体资格、人格、权利能力三个概念经常互相替代。但现代的权利能力是不能继承的,而罗马法的人格是可以继承的;此外,德国法学家的权利能力仅限于民事领域,而罗马法的人格包括政治人格和民事人格。

罗马法创造了大量的法学术语,许多法学术语至今仍为各国沿用,如人格、公法、私法、住所、善意、恶意、役权、不当得利、无因管理,等等,其中最深刻、最有价值的就是人格,但后人研究得最不够的也是人格。

在罗马法中,自然人称 homo。除 homo 外,罗马法另有两个表示人的概念:caput 和 persona。caput 原指人的头颅或书籍的一章。罗马早期,只有家长可在户籍册上占有一章,家属则名列其下。当时只有家长享有家族权,caput 就被转指权利义务主体,以区别 homo,并引申为法律上的权利资格,即主体资格。persona 表示各种身份,如家长、官吏、监护人等。^①

在法学史上,权利概念的提出,无疑具有重大的意义。严格地说,法学之成为法学,就是从提出权利概念开始的。在提出权利概念以前,法学实际上不能算作一门“学”,只是一种“术”,即专制术。然而,作为法律确认的行为资格,权利和行为一样,存在于法律的现象中。提出权利概念,不需要深入到法律现象的背后,难度相对较低。而权利资格是一种资格的资格,存在于法律现象的

^① 参见周枏:《罗马法原论》,商务印书馆 1994 年版,第 97 页。

背后。提出权利资格概念的难度要高得多。从作为血肉之躯的 homo, 到作为身份的 persona, 在关于法律的认识上, 没有明显的提高。但从 homo 到作为主体资格的 caput, 是人类关于法律的认识的巨大飞跃。

caput 区分了法律上的自然人主体与自然人非主体, 实际上区分了法律上的“人”与“非人”。从表面上看, caput 为法律确认调整范围提供了根据; 从本质上看, caput 为法律确认社会范围提供了根据, 为法律自己提供了根据。caput 的提出, 触及了法律的本质, 使法律有了真正的理论深度。

caput 是表示人的概念。古罗马人用 caput 表示权利资格, 把权利资格和人的资格联系起来, 说明在古罗马人看来, 人之为人, 在于享有权利资格, 可取得权利。这样, 罗马法的人格概念, 为否认奴隶的人的资格, 确认奴隶的物的地位, 提供了理论根据。

根据罗马法, 自然人只有享有自由权、市民权、家族权, 才享有人格。在古代罗马, 自然人可享有的公私权利不外乎这三种。古罗马人认识到, 人之为人, 不仅在于享有自然人的一部分权利资格, 而且在于享有自然人的全部权利资格。这说明在古罗马人看来, 不仅不享有任何权利资格的自然人, 即奴隶, 不能算人; 仅享有自然人的不完全权利资格的自然人, 实际上也是“非人”。当然, 如果称不享有任何权利资格的自然人为“非人”, 那么, 享有不完全权利资格的自然人可称“半人”(这里的“半”仅表示部分, 不特指二分之一)。这些“半人”一只脚在社会

内,另一只脚在社会外。在他们享有权利资格的领域内,他们是人,是社会成员,与其他社会成员资格平等,共同组成社会;在他们不享有权利资格的领域内,他们不是人,不是社会成员,只是其他社会成员的客体,是在该领域内享有权利资格的其他自然人的手足的延长,必须执行社会意志,即在此领域内享有权利资格者的共同意志。罗马法的人格概念在确认奴隶的“非人”地位的同时,也在“人”和“非人”之间留下了一个过渡阶段,为确认这一过渡阶段中的各种“半人”资格提供了理论根据。

caput 在英文中被译为 personality,日本学者译为“人格”。“格”字在汉语中,有“标准”和“式样”之义,如“合格”、“聊备一格”。按字面解释,“人格”就是人的标准和人的式样,可引申为人的资格。因此,要表示人的资格的意思,选用“格”字与“人”字搭配是很贴切的。但创造“人格”这个汉词以表示主体资格,关键之处不在“格”字,而在“人”字。因为用“人格”表示主体资格,就清楚地表明,法律上的主体资格就是人的资格。如果把 personality 译成权利资格、主体资格,或者其他术语,如法律资格、法律地位、权利能力,意思并没有错,但这些术语都不能直接表示人的资格的含义。

可见,“人格”的概念,是古罗马法学家为了给等级制度提供理论根据而提出的,是限制大多数人的资格的法律工具。然而,“人格”概念也为人们提供了人的明确的标志,享有自然人的全部权利资格成为被压迫者奋斗的最高目标,成为人的解放的最终尺度。这自然是当

初提出人格概念的罗马法学家不会想到的。

人格概念和权利概念经常被混淆。有的学者认为：“罗马法的法权原则的逻辑前提，是财产所有者权利的平等……”“公有财产的所有者与私有财产的所有者，财产权利应当是平等的。”^① 引文中的财产所有者权利和财产权利，意思是相同的，都是指财产所有者支配自己的财产资格。引文不能理解为各财产所有者拥有等量的财产，公有财产的所有者和私有财产的所有者拥有等量的财产。这里涉及到民法学的一个基本观点：民事关系当事人之间的平等是地位平等，不是权利平等。在这一问题上，容易产生误解。影响最大的法典之一《法国民法典》中，最重要的规定是第8条：“所有法国人都享有民事权利。”著名法学家李浩培先生在《法国民法典·译者序》中说：“第8条规定：‘所有法国人都享有民事权利。’民事权利是指非政治性权利，包括关于个人的权利、亲属的权利和财产的权利。这就是说，在原则上，每个法国人，毫无例外，都享有平等的民事权利。”这一解释是权威性的，然而并不符合第8条的文字意思。

需要指出，罗马法的法权原则的前提，不是财产所有者权利平等，而是财产所有者的财产资格平等，或者说，民事人格平等。法律上的权利包括政治权利和民事权利。罗马法的法权原则作为私法原则，不涉及政治权利，和财产所有者的政治权利是否平等无关。民事权利包括

① 纪坡民：《补一下罗马法的课》，载《读书》1994年第6期。

财产权利和人身权利。在财产可以私有的时候,人们的财富不可能平等,因此,财产所有者的财产权利一般是不平等的。人身权利包括人格权和身份权。人格权是权利人作为一般主体而享有的权利,是主体的固有权利,如生命权、健康权、名誉权、肖像权等。自然人人格权可以也应该平等。身份权是权利人作为具体主体而专享的权利,如配偶权、亲权、亲属权、荣誉权等。各人的身份不可能相同,身份权自然也不可能平等。概括言之,人们的民事权利是不可能平等的,即使仅仅在原则上平等。

所以,任何一部民法典都不可能规定自然人原则上民事权利平等。《法国民法典》第8条在字面上也没有这样的含义,它仅仅规定所有法国人都享有民事权利。实际上,自从奴隶制灭亡以来,理论上已不存在完全的人身依附关系,在《法国民法典》制定以前,每个法国人就或多或少享有民事权利。

那么,《法国民法典》第8条是否没有意义了呢?不是。在1804年的《法国民法典》中,夫妻的民事人格不平等,婚生子女和非婚生子女的继承资格(属于民事人格)不平等(20世纪70年代已废除不平等规定)。除此以外,自然人的民事人格是平等的。因此,可以说原则上每个法国人的民事人格(不是民事权利)是平等的。这就基本上废除了民事领域的等级,“为发展资本主义经济开辟了广阔的道路”(《法国民法典·译者序》)。这是《法国民法典》的主要贡献。对民事权利能力的规定是民法典最根本的内容,民法典的灵魂。《法国民法典》应该有一条符