

江流有声

北京大学法学院百年院庆文存之
民商法学·经济法学卷

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北京大学法学院 / 编

江流有声

北京大学法学院百年院庆文存之
民商法学·经济法学卷



北京大学法学院 / 编

 **法律出版社**
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

江流有声:北京大学法学院百年院庆文存之/
民商法学·经济法学卷:北京大学法学院编.
—北京:法律出版社,2004.5
ISBN 7-5036-4886-4

I. 江… II. 北… III. ①民法—法的理论—文集
②商法—法的理论—文集③经济法—法的理论—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 031005 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘 辉	装帧设计/温 波
出版/法律出版社	编辑/法学学术与综合出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/787×960 毫米 1/16	印张/34.25 字数/643 千
版本/2004 年 5 月第 1 版	印次/2004 年 5 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术与综合出版社分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939655	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.Chinalawbook.com	电子邮件/service@Chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 7-5036-4886-4/D·4604	定价:45.00 元

序 言

今年是北京大学法学院 100 周年纪念,严格说来是北大——同时也是中国——正式设立现代法学教育 100 周年。我们编选了这部法学院文存,作为一个纪念。应当感谢诸多老师的配合,也感谢赵焕老师为此书所作的诸多编辑工作。

文存的编选应当说是颇费了一番心思。从道理上说,而且我们的本意,都是想编选一部现在和曾在北大任教的教员的文章。但这项工作实在是太难了。首先是由于百年来的社会动荡和变迁,许多资料如今都不完整了。其次,百年来教员的人事变动很大,也曾有多次院校的合并和分立,因此谁是谁不是在北大任教的教员不但很难确定,有时甚至难免遗漏。第三,即使这都不是问题,我们也很难确定一篇论文是否是作者在北大任教期间撰写的,而如果放弃或放宽这个界限,那恐怕就得把全国各地许多法学院教员甚至律师、法官、检察官的论文都收入。这不但是是一部纪念文集无法做到的,而且,说不定还会有人说北大法学院今天在“拉大旗当虎皮”。第四,最重要的还是要把一些最好和最重要的论文——无论是学术意义还是社会意义上的——收集起来,令其足以反映北大法学院(系)的 100 年历史。但这就不是一般的难,而是特别的难,因为“重要”和“好”,都是相对于时代、情境和当时学科发展而言的,而不是绝对的、唯质主义的。法学,作为一门更重视实践的学科,不仅有许多部门法分支,而且至今也不如同自然科学或诸如经济学这样的社会科学,有一个基本稳定的学术范式可以用来对法学著述作出统一的学术评价。有鉴于此,我们采取了一种相对经济因此比较省心的编选做法,大致是,凡是“文革”

后在较长时期在北大法律系和法学院任职之教员,每人提交一篇自己认为最好的论文。即使如此,仍然有不少麻烦。例如,一些老先生已经去世,如何选择他们的论文?一些曾经在北大法律系任教数年但后来离开了的教员的论文又如何编选?此外,还有其他一些比较琐碎的技术性问题。但不管怎样,我们还是完成了这一纪念文集的编选,尽管因此这一文集一定存在种种不足和问题。

如果放眼看来,上面所说的这些问题其实都与中国社会近百年来来的现代化和法治问题有关。例如,为什么要划定选文的边界?这个问题的前提不就是一个社区(尽管是学术社区)边界以及规则(法律)面前人人平等的问题吗?这个边界之所以难以确定,在一定程度上不就是因为现代社会中人员的高度流动吗?而论文的学术意义和社会意义之所以难以判断,除了其他原因之外,在一定程度上又是与中国的社会转型和知识转型、与学术的传统变迁和发展(学术的多样化或异质化)有关,也与学术判断标准的多元化有关。如果是在一个传统的(因此是高度“静止的”)社会,无论社区还是社区人员的构成,无论是学术传统还是学术判断标准都会高度稳定且相对单一,因此,这些“麻烦”也都可能不存在。我们社会百年来的发展不仅意味着我们必须接受这种社会变迁带来的“麻烦”,而且这些“麻烦”也都在一定程度上意味着中国社会的发展,意味着中国法学的发展。

正是在这个意义上,这部文存更多是一个符号或象征,而并不是追求充分或完全展示北大百年法学发展的历程或主线。它主要展示的更多是最近20多年来北大法学院(法律系)的学术变化,更多是20世纪90年代以来的学术变化。事实上,也主要是到了1990年代,随着中国的社会主义市场经济的发展,随着中国的全面的改革开放,也随着中国法律作为一个职业的全面发展,法学才开始一个稳定的且相对全面的发展时期。这其中的教训是值得我们反思的。从当年北大设立法学门之际的涓涓细流,到今天中国法治和法学发展的大江东去,这是一段艰难跋涉的历史。

不再有溪水的喧闹,也不再有峡谷中的咆哮,但从大江东去的那似乎沉郁的拍岸江声,从那从容坦荡的韵律节奏中,我们仿佛触到了它如今的自信、倔强和力量。

苏 力

2004年3月20日于北大法学院

目 录

第五辑 民商法学

- 3 | 刘凯湘 论民法的性质与理念
- 12 | 钱明星 我国用益物权体系的研究
- 34 | 尹 田 论物权的定义与本质——从一种方法论的角度
- 52 | 李由义 李志敏 钱明星 论建立我国民法物权体系的必要性及其意义
- 61 | 王 轶 论物权变动模式的立法选择
- 87 | 魏振瀛 论请求权的性质与体系——未来我国民法典中的请求权
- 121 | 佟 强 论侵害债权的制度价值及其法律性质
- 139 | 李志敏 马忆南 海峡两岸夫妻财产制之比较
- 145 | 马忆南 婚姻法修改中几个争议问题的探讨
- 160 | 葛云松 死者生前人格利益的民法保护
- 176 | 朱启超 精神损害赔偿的范围探讨
- 183 | 王作堂 朱启超 郭明瑞 试论我国财产继承制度应有的基本特色

第六辑 经济法学

- 197 | 张守文 论经济法的现代性
- 210 | 邓 峰 论经济法上的责任(Accountability)——公共责任与财务责任的融合
- 221 | 甘培忠 康复我国上市公司的四项施治方案论证——从公司治理结构视角观察
- 232 | 吴志攀 单位规则——我国社会存在的“第三种规则”
- 268 | 王守渝 社会主义市场经济与市场主体立法
- 277 | 盛杰民 竞争法在中国:现状及展望

300	彭 冰	债务随企业财产变动原则研究
314	赵震江	马克思法律观的形成和发展——纪念马克思逝世一百周年
325	罗玉中	浅谈 21 世纪生命科学领域需要解决的法律问题
337	曲三强	马克思主义的知识产权观
354	郑胜利	论知识产权法定主义
368	张 平	技术性贸易壁垒:技术标准与知识产权
378	刘 燕	走下“自由裁量权”的神坛——重新解读凯立案及“自由裁 量权”之争
419	韦 之	论未注册商标的法律保护
430	金瑞林	环境侵权与民事救济——兼论环境立法中存在的问题
440	贾俊玲	社会保障法律制度初探
455	叶静漪	魏 倩 《经济、社会和文化权利国际公约》与劳动权的保护
467	洪艳蓉	银行监管的海外经验概述与借鉴
477	傅郁林	审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析
501	刘家兴	论仲裁权
512	潘剑锋	论证明的相对性
522	楼建波	世界贸易组织及金融服务业开放的若干问题之我见
533	刘剑文	西方税法基本原则及其对我国的借鉴作用



第五辑
| 民商法学 |

论民法的性质与理念

□刘凯湘

民法者,市民社会之法则也。汉语中“民法”一词实非古汉语固有之词,而乃西方法律文明之舶来品。我国近现代民法一语,究其渊源,第一步可追溯到日本民法,恰如学者所言,“民法一语,典籍无所本,清季变法,抄自东瀛”。^①第二步可追溯到法国民法,因日人却是从法语 *droit civil* 转译而来。第三步则须追溯到罗马法,盖因法语中的 *droit civil* 乃来自于罗马法中的 *jus civile* 即市民法,其他欧陆诸国如德、瑞、意等国关于此语之名称也均系由市民法转译而来,^②而日人转译时从其简,省掉了一个“市”字,遂有汉字中“民法”之称谓。是故,民法之真正根源乃罗马法,研究民法的人便无不

① 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页。

② 此说为我国民法学界前辈学者之通说,可参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第8页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页;郑玉波:《民法总则》,三民书局1979年11月版,第9—10页之注1、注2。现时学者也从之,可参见佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第1—2页;张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第1页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第1页;王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》(上),中国政法大学出版社1988年版,第1页;《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第412页;等。但关于日人中谁是使用“民法”之第一人,则有二说,一说为箕作麟祥,其在转译法语 *droit civil* 时将其译作民法,可参见前引胡长清书第8页;一说为津田真道,其在转译荷兰语 *burgerlyk regt* 时将其译作民法,此说源于日本民法学者穗积重远之考证,可参见前引张俊浩书第1页注1、王利明等书第1页注1。

“言必称罗马”。

一、民法的性质：市民社会的法

民法的性质表现在四个方面：民法是市民社会的法；民法是私法；民法是实体法；民法体现了商品生产和商品交换的一般条件。其中，市民社会的法是民法性质的集中体现。

（一）民法是市民社会的法

通过对民法一词的语意与渊源考察我们已经得知，民法者，实乃市民法之简称也，而市民法者，当为市民社会之法也。何谓市民社会？社会的本质是人与人之间关系的存在方式，人与人之间的关系则依两种方式发生，一种是直接面对其他社会成员而发生，包括家庭成员，另一种是通过国家这一中间环节的中介而发生，由此形成两种社会关系，前一种社会关系因直接发生于社会成员之间，故其有关内容取决于社会成员个人的意志，而后一种社会关系通过了国家的中介，国家必须将其意志体现在其中。体现社会成员个人意志的社会关系当以个人或私人利益为出发点和归宿，而体现国家意志的社会关系当以国家或公共利益为出发点和归宿。由此，人所参与的全部社会关系不外乎此两种类型，而社会也就因此可以不仅从理论上而且从实证上划分为两种，一种为纯粹由个人作为主体参与的社会，即所谓市民社会，而另一种为有国家参与的社会，即所谓政治社会或政治国家。任何人都总是扮演两种角色、具有双重身份的，他一方面作为市民社会的人参与市民社会的关系，另一方面又作为政治社会的人参与政治国家的关系。规范市民社会关系的法律就发展成为市民法，它以保护市民社会中人的权利即私权为己任，而规范政治社会关系的法律就是公法，它以保障国家权力的行使为目的。所以说，民法（市民法）是关于市民社会的法。

尽管人总是既要参与市民社会的关系，又要参与政治国家的关系，然而市民社会是其生存之本，市民社会中的经济与人身关系是每一个人都生而必须进入的，所以，市民社会的生活对人来说是至关重要的，市民社会中权利的享有与保障对于一个民主国家来说同样是至关重要的。需要指出的是，政治国家中的权力从根本上说不是为国家而存在的，而是为市民即民众而存在的，国家行使公共权力不过是为了更好地实现和保障市民社会的权利，市民权利与政治权力的关系是本与末的关系，万不可颠倒。同时，在法治体系尚非尽善尽美的情况下，政治权力的膨胀与扩张必然会导致对私权的挤压与限缩，使政治权力成为凌驾于市民权利之上的强暴工具，所以，必须在对政治权力与市民权利进行正确定位的基础上，充分发展和完善市民社会，这是实现经济民主进而实现政治民主不可或缺的前提条件。

(二) 民法是私法

“民法是私法”这一判断在今天已是学界之共识,然而这一共识的取得在我国经历了艰难的过程,在十余年前这还是个颇具争议的问题,即使是当时颇具影响的学者与民法教科书都认为“民法即私法的观点已难以成立”。^①当然,这种认识的发展过程在学术领域是完全正常的。

公法与私法的划分尽管尚无统一的标准,有利益说、效力说、主体说、统治关系说、意思说等,^②但自罗马法以来人们都承认将法作这样的划分,查士丁尼在《法学总论》中即指出:“法律学习分为两部分,即公法和私法。公法设计罗马帝国的政体,私法则设计个人利益。”^③从最根本意义上说,公法就是关于政治权力的结构、行使、效力等的法,而私法就是关于市民权利的取得、行使、效力、保护等的法。一般认为,私法即指民法或民商法,公法则包括宪法、刑法、行政法、各种诉讼法等。究其实,私法乃关于私权利与私人利益之法,正如日本学者美浓部达吉指出的:“私法是关于个人相互间的关系的法,所以观察个人相互间享有某种特定权利和负有之司法是否适合法律的秩序,就是私法规定的立法着眼点。私法所保护之法律的秩序,主要是该关系当事人之个人利益。”^④

值得注意的现象是,进入 20 世纪后,公、私法之分的传统日趋动摇,公法与私法由明确划分走向相互渗透,产生这一现象的历史背景是西方经济在 19 世纪末 20 世纪初由自由竞争、自由放任的市场经济进入国家干预的垄断资本主义经济,出现了现代干预主义经济学派,主张国家权力进入社会经济领域。随着国家在社会、经济领域中的活动日益扩张,带来了所谓的“法律社会化”和“私法公法化”倾向。私法公法化在很大程度上表现在商法领域,即商事立法中越来越多地体现政府经济职权色彩和干预意志,如商业登记制度、商业账簿制度,公司法中的公司组织形态、公司章程的法定记载事项、公司股份转让的限制等,海商法中的船舶登记、船舶物权、运输单证、海事赔偿责任限制等,保险法中的责任准备金、再保险、保险业的监督管理等,破产法中的债权人会议、破产财产范围、债务清偿顺序等,均属公法性质的规范。民法领域则表现为前述现代民法的发展变化趋势,如所有权绝对性的限制、契约自由的限制、无过错责任原则的确立等。

但是,上述现象只表明公、私法的相互渗透与交叉,而绝不意味着相互取代,法律社会化也好,私法公法化也罢,都只说明公、私法之间的界限不再像以前那样清晰了,但公法与私法的划分仍然是可行的、基本的法律分类,公法就是公法,私法就

① 王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》(上),中国政法大学出版社 1988 年版,第 7 页。

② 参见前引《中国大百科全书·法学》,第 81 页。

③ [古罗马]查士丁尼:《法学总论》,商务印书馆 1989 年版,第 5—6 页。

④ 转引自《世界法律思想宝库》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 533 页。

是私法,不能过分强调二者之间的渗透与交叉而否定二者的本质区别。^①关于此,美浓部达吉有精彩之论述:“公法和私法在其相接触的区域极为近似,欲截然区分为二,殊非易事,但是,这和在自然科学的领域中,动物和植物于其相近的领域境界内,彼此的区别也不常明了一样,不能成为否定两者的区别的理由”。^②民法的私法属性是民法性质的主要体现,并由此决定了民法私法自治、权利本位的理念与功能。

(三)民法是实体法

实体法与程序法也是法律的基本分类方法之一。其划分标准在于法律的内容是规定法律主体在社会关系中的本体性权利义务还是规定法律主体在以司法机关为主导的诉讼关系中的程序性权利义务,如属前者则为实体法,如属后者则为程序法。是故,实体法乃决定了法律主体在发生常态交往时的具体权利义务,程序法则决定了法律主体在发生异态交往时即纠纷状态时的诉讼权利义务。民法之内容在于规定私法主体在市民社会交往中具体的财产与人身方面的权利义务,所以民法属于实体法。

与民法这一实体法对应的程序法是民事诉讼法(包括仲裁法)。学者多将实体法与程序法的关系看作形式与内容的关系,或主法与助法的关系,^③自不无道理,然须注意,程序法自有其价值与生命,而程序公平与程序正义本身即为法律公平与正义之应有之义,切不可主助关系而牺牲程序价值以求实体价值。

(四)民法体现了商品生产和商品交换的一般条件

按照经典经济学家的分析,可以综合出商品生产与商品交换的一般条件,即:社会分工;身份独立;交换自由。而民法既是直接在这种商品生产和商品交换的基础上产生的,又反过来最直接地促进了这种商品生产和商品交换,所以说民法体现了商品生产和商品交换的一般条件。

社会分工是商品生产的首要条件,正如经典经济学家所指出:“分工和私有制是两个同义语,讲的是同一件事情,一个是就活动而言,另一个是就活动的产品而言”。^④民法的所有权制度就是私有制的法律反映,所有权是市民社会主体独立人格的物质前提和保障。而由所有权演变而成的他物权制度又进步丰富了所有权的实现途径,促进了社会分工。

交换是私有制存在的土壤,没有交换就没有商品经济,而交换的前提是进行交

① 刘凯湘:《论商法的性质、依据与特征》,载《现代法学》1997年第5期。

② 前转引《世界法律思想宝库》,第530页。

③ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第31页;前引《中国大百科全书·法学》,第80页。

④ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第37页。

换的人均具有平等的身份和独立的人格,能自由自主地让渡自己的产品和其他财产,处分自己的权利。民法的民事权利能力、民事行为能力制度就是确立市民社会主体的这种适应商品经济需要的平等人格。自然人制度如此,近代民法创立的合伙制度如此,现代民法创立的法人制度也如此。

交换不仅须有身份平等的主体,而且须有贯彻这种平等身份的形式或媒体,使人们能将自己的自由意志充分体现在交换的形式与内容中,从而使产品和社会财产的流转能最大限度地符合人们的利益追求,使人们的经济活动最大可能地接近价值规律的要求。这便是民法的契约自由制度。

由此观之,民法的确是体现了商品生产和商品交换的一般条件,是商品经济和市场经济的基本法。

二、民法的理念:私权神圣与私法自治

理念者,事物(制度)最高价值与终极宗旨之谓也。它是以纯文化、纯精神的角度为对事物(制度)本质所作的高度抽象与概括。

民法历史悠久,源远流长,在漫长的历史发展演变中形成了深厚的文化积淀和浓醇的精神底蕴,培育了博大精深的民法文化,产生了私权神圣、人格平等、意思自治等民法基本理念。民法的这些理念既是吸纳、包容人类优秀文化成果的结晶,又是人类优秀文化成果的重要体现。理念属于文化、观念的范畴,来源于制度却非制度本身,而是植根于民众内心、融会于民众生活的东西。

(一)私权神圣

民法调整的社会关系以权利为出发点和归宿。社会关系之顺畅与有序赖于人们依诚实信用之原则,以宽容体谅之心态处理之。然社会利益冲突总不可避免,究其实,乃法律对权利义务关系的处置不当,或权利义务本末倒置,或权利义务分配不公。市民社会之关系乃平等主体间之关系,人们缔结市民社会之财产关系与人身关系乃为获得积极的经济利益与人格利益,正所谓“天下熙熙,皆为利来,天下攘攘,皆为利往”,而这种利益之法律化便是权利。民法就是要为人们确定缔结市民社会财产关系与人身关系的权利预期,通过对权利的设置与保护而达到维护市民社会关系的顺畅与有序的目的。所以民法调整的社会关系以权利为出发点和归宿。

私权神圣是指市民社会中的权利受到法律的充分保障,不受任何个人或组织的侵犯,非依法律程序不得限制或剥夺。

私权神圣包涵三层基本意义:第一,民法以充分创设和保障私权为己任,即私权本位;第二,任何私权,均受法律之平等保护,具有不可侵犯性,非依法律程序不受剥夺或限制;第三,人格权神圣和所有权神圣是私权神圣的重点。

1. 私权本位

私权本位,或曰权利本位,即民法以充分创设权利和保障权利为己任,法律设计、法律施行和法律教育均以权利为线索和中心。

在法律制度中,权利与义务总是同时存在、相伴产生的,即所谓没有无权利的义务,也没有无义务的权利,这是就制度层面而言。就观念层面而言,必须明确惟有权利才是法律的价值追求,义务是因为权利而存在的,义务不过是实现权利的手段和途径,权利是一切法律活动的中心和灵魂——制定法律、执行法律、遵守法律、研究法律,概莫能外。

私权本位作为民法理念的确立是人类为争取权利而斗争的结果。人类曾有过以义务为法律本位的历史。古代社会,人与人之间的关系主要限于家庭或家族之内,在家庭或家族之内人皆有其特定之身份,身份关系乃维持整个社会关系之基础,而身份关系的核心地位又决定了人格的三六九等及由此形成的财产分配状况,身份法与财产法不分,而身份制度之本质,乃规定人依其不同身份所负担的义务,诸如妻子对丈夫、子女对家长、奴隶对主人、臣民对君王等,人与人之间的关系无不以义务为链条连接,法律即以义务为其中心,此即义务本位之立法。自罗马法始至中世纪,为法律的义务本位时期。权利本位之确立,是资产阶级取得政权、法治社会得以建立的产物。

近时又有所谓社会本位之说。20世纪以来,随着经济制度上国家干预主义的实行,社会利益、公共利益日益成为法律关注之焦点,法律为此之需要而加重私法主体之各种义务,或表现为所有权效力的限制,或表现为契约自由的限制,或表现为无过错责任原则的确立,凡此种种,不一而足,均为社会与公共利益之计算,是有社会本位之称。然则,上述表象绝非对权利本位之怀疑或动摇,而不过是在新的社会经济条件 and 政治条件下人们对如何实现权利本位的规则调整,赋予了权利以新的内涵与解释,目标是为了在更大范围和更深程度上实现人类之权利,而绝不是对权利的任何轻慢或否定。观之当今世界各国之法律,无不高举权利、平等与自由的旗帜,就私法而言,人格平等、权利神圣、契约自由、过错责任仍然是各国民法的基本原则与内容,而各种所谓社会立法,不过是权利分配与实现规则之妥帖修正,是上述原则之新的体现形式。社会本位之说,其实并不能成立。法律要么是权利本位,要么是义务本位。

有学者提出我国民法应体现权利本位与社会本位相结合,以权利本位为主、社会本位为辅的立法思想。^①诚以为,中国数千年的文化(包括法律文化)都是以义务本位为特征的,人性长期受到礼教的压抑,个人观念、权利观念极为薄弱,再加上十年“文化大革命”的浩劫,把人性沦丧、人权蹂躏推至无以复加的地步,在这样一

^① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第38页。

种传统文化的土壤上构建私法体系,培育私法观念,权利本位是何等的重要,如果辅以所谓的社会本位,一则极易使人们产生对权利本位的误解与怀疑,为权利本位的确立制造障碍,二则极易为统治者推行义务本位、限制和剥夺私法主体的权利提供堂而皇之的借口,所以,我国民法理应旗帜鲜明地将权利本位作为自己的理念和原则。

2. 权利不受侵犯

权利是人之为人的价值所在,对权利的侵犯就是对人性的戮杀,故权利不受侵犯乃私权神圣的应有之义。民法不仅要为市民社会的主体充分地创设权利,在立法上为其享有权利提供最大限度的可能性,更要为这些已创设的权利提供切实有效的保护,不允许任何人以任何方式侵犯自然人和法人的权利,更不允许对权利的非法限制与剥夺。

民法的民事责任制度是权利不受侵犯原则的具体化,其价值体现在三个方面:第一,任何权利在遭受不法侵犯时,权利人都有权通过法律途径获得救济;第二,法律救济以使受侵害的权利恢复到未受侵害时的状态为原则,着眼于对受害权利的补救而非对侵害行为的惩罚;第三,根据权利的种类不同设定不同的救济措施和责任方式。

3. 私权以人格权和所有权为核心

民法调整市民社会的两大社会关系即人身关系和财产关系,由此创设了各种性质、各种形态、各种功能的私权,在这些林林总总的权利中,以人格利益为宗旨的人格权和以财产利益为宗旨的所有权是全部私权的基础和核心,其他权利皆缘此而生,人格尊严和所有权神圣是民法对人类文明贡献最大的两大价值观念。

自然人的人格权包括生命权、健康权、自由权、名誉权、隐私权、姓名权、肖像权等,其中尤以体现人格尊严价值的名誉权和体现自由意志价值的自由权为重,它们是人的社会属性的法律要求,社会越发展,文明越进步,人类对于人格权的追求就越强烈,人格权之于人的存在价值就重要。

所有权是最基本的财产权利,对物的占有、使用和收益是人得以生存的物质基础,对物的处分是人得以与他人发生经济交往的法律前提。各种用益物权、担保物权乃所有权之派生,其本身就是权利人行使所有权的結果。现代社会所有权的效力受到一定程度的限制,但对个体成员所有权的一定限制是为了在全社会范围内更好地实现所有权的价值,进而最终达到每一个体成员获享更广泛权利的效果。

(二) 私法自治

私法自治,是指在私法领域,每个人得依其自我意愿处分有关私法之事务,形成私法上权利义务关系。如同私权神圣观念一样,私法自治观念也是在 18、19 世纪资产阶级革命取得成功并极力推行个人主义、自由主义的历史背景下产生的,是资产阶级法治原则得以确立的成果之一,而其本身也构成中产阶级法治的重要内容。

私法自治理念的确立,在人身关系上彻底否定了封建身份关系对个人的束缚,强调人格独立,摒弃人身依附,宣扬人格平等,使人性第一次获得真正的解放,使人身自由、人格尊严的观念深入人心,极大地促进了人类文明的进步,为人权的充分保障提供了法律机制和社会土壤。在财产关系上,使人们能够自由处分其私有财产,自主决定参与经济活动,进而鼓励营业交易,促进贸易发达,优化资源配置,并可减少公权对经济关系的侵入,防止官工官商之勾结,避免权力腐败。

私法自治表现在私法事务的各个领域,如所有权领域,则表现为所有人得依法任意处分其财产,或买或卖,或租或赁,或借或贷,或捐或赠,或抵或质,或自用或交易,或占有或抛弃,悉听尊便,无任限制;如契约领域,则表现为契约内容、契约形式、契约对象等方面之充分选择自由;如婚姻家庭继承领域,则表现为结婚自由、离婚自由、遗嘱自由等;如民事责任领域,则表现为自己责任,即自己对自己的行为负责,个人基于自由意志决定自己的行为,意志是自由的,行为是自由的,所以由此产生的责任也是自己的,这是自由意志的逻辑结果;等等。

私法自治的灵魂是意思自治。罗马法孕育了意思自治原则的思想和精神,但并未将意思自治抽象为私法原则。^①意思自治说产生时更准确的说法是“当事人意思自治说”(Theory of Autonomy of the Parties),正式提出这一学说的是16世纪的法国法学家查理·杜摩林,其主旨是当事人意志决定论,即当事人有权依其自我意志作出自由选择,当事人的自我意志可以而且应该成为约束其契约关系的准则,当事人可以而且应该对依其自我意志作出的选择负责。意思自治说的直接法律价值在于:一是有利于当事人形成权利义务的预期,当事人可根据自己选择的准据法预见法律行为的后果,维护法律关系的稳定性;二是有利于契约争议的迅速解决,节约交易成本。可见,意思自治原则是顺应经济发展的需要而产生的,最初是为解决适用习惯法的冲突而设置的,^②至19世纪,在声势浩大的成文法运动中,不断发展了的意思自治原则被赋予了更深刻的内涵和更庄严的使命,在《法国民法典》编纂时得到了充分的体现和反映,成为法国合同法最重要的基本原则,并与个人本位、权利至上等思想共同成为自由资本主义时期私法制度的理论支柱和基石。意思自治不仅反映在民法的债法中,而且反映在民法的物权法、继承法、亲属法中。

由此可见,意思自治原则导源于古罗马法,发端于16世纪的法国工商业发展时期,兴起并确立于19世纪的自由资本主义时期。在长达一个多世纪的时间里,无论是大陆法系还是英美法系,意思自治原则已是根深蒂固,成为私法的基本理念

^① 在我国著名罗马法学者周教授所著《罗马法原论》(商务印书馆1994年版,上下册)一书中,也未见有关意思自治原则或理论的论述。

^② 关于意思自治说最初源于冲突法的见解,可参见著名国际私法学者韩德培教授所撰写的“契约的准据法”词条,《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第464页。