

民法基础理论

新視域

易军

著

民法研究要更精致，就不能故步自封，须有放眼域外的魄力，即立足于民法并超越之。惟有来自哲学、伦理学、经济学、社会学、政治学……的智识的襄助，才能厚植民法根基，使其研究臻于至善。

民法基础理论

新視域

易军
著

本书受全国优秀博士学位论文作者专项资金资助
项目 (FANEDD200705)

图书在版编目(CIP)数据

民法基础理论新视域 / 易军著. —北京: 法律出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3195 - 8

I. ①民… II. ①易… III. ①民法—法的理论—理论研究—中国 IV. ①D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 032029 号

民法基础理论新视域

易 军 著

责任编辑 刘彦泮

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9 字数 214 千

印次 2012 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3195 - 8

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 个人主义方法论与私法 001

前言 003

一、什么是个人主义方法论 006

(一)什么是个人主义 006

(二)个人主义价值论与个人主义方法论 008

二、个人主义方法论与社会科学 012

(一)个人主义方法论与经济学 013

(二)个人主义方法论与政治学 015

(三)个人主义方法论与社会学 016

附论:整体主义方法论与社会科学 017

三、个人主义方法论在私法中居立基础地位 020

(一)为什么私法必须选取个人主义方法论 020

(二)整体主义方法论在私法中运用的限度 022

四、个人主义方法论在私法中的呈现 025

(一)私人主体 026

(二)私人利益 028

(三)私人自治 031

(四)自己责任 032

(五)权利本位 034

(六)形式平等 036

(七)交换正义 037

(八)程序正义 039

(九)主观价值论 041

五、在私法中倡导个人主义方法论的现实意义 042

(一)在整体主义思想甚嚣尘上的氛围下坚守私法的阵地，

维系私法的存续 042

(二)在以整体主义之名限制私权、私人自治等时，保障限制

措施的妥当性，避免矫枉过正 044

结语 050

第二章 中国民法继受与体系瑕疵协调 053

前言 055

一、法律继受与中国民法发展 055

(一)法律移植、法律继受与法律发展 055

(二)近代以降的中国民法继受 058

二、法律继受与民法典的体系性 062

(一)理性与体系性的含义 062

(二)民法继受中的体系性瑕疵 065

三、法律继受中的民法典体系性问题 074

(一)民法规则之间协调无间

——概念与制度层面的体系性 075

(二)民法价值之间前后一贯

——价值与理念层面的体系性 083

(三)将规则或原则置放在民法典的适当位置 086

(四)概念性继受与功能性继受并重 089

结语 092

第三章 法律行为制度的伦理基础 094

前言 096

一、法律行为制度应具备伦理上的正义性 097

(一)探求法律制度的伦理基础 097

(二)诘问法律制度的伦理基础即探求其正义性 099

(三)作为法律制度伦理基础的正义是一种制度正义

或规则正义 100

(四)法律行为制度应具备伦理上的正义性 101

二、法律行为的正义性表现为交换正义 102

(一)正义可分为交换正义、分配正义、矫正正义与归属正义 102

(二)法律行为的正义性表现为交换正义 107

三、法律行为的正义性表现为程序正义 108

(一)正义可区分为程序正义与结果正义 108

(二)法律行为的正义性表现为程序正义 111

四、交易的等值性与主观价值论 112

(一)法律行为的正义性就是交易的等值性 112

(二)判断交易等值性的两项标准:主观价值论与客观价值论 113

(三)在判断交易的等值性上私法原则上采纳主观价值论 118

五、主观价值论意谓自治成为法律行为正义性的判断基准 120

结语 123

第四章 事实判断抑或价值判断

——质疑法律行为成立事实判断说 124

前言 126

一、在立法的层面上,法律行为成立要件是立法者所作的

价值判断 129

二、在司法的层面上,法律行为是否成立是裁判者所为的

价值判断 137

三、在价值哲学层面上,法律行为的成立绝非事实判断 142

(一)判断与价值判断基本类型的厘清 142

(二)事实具有客观性,而法律行为的成立并非客观事实 145

(三)从推理过程来看,法律行为成立推理活动的大小

前提均属于或存在价值判断 146

四、法律行为的成立为什么易被误认为是事实判断 148

(一)对法律行为成立要件规范发生误解的可能原因 148

(二)法律行为成立较法律行为有效更易使人误认为

是事实问题 152

结语——兼论私法与其他学科对话的意义 155

(一)法律行为成立事实判断说的错误症结及其危害 155

(二)本章的结论:矫枉何必过正 156

(三)返回母体:私法与道德哲学对话的意义 157

第五章 生命权:藉论证而型塑 159

前言 161

一、生命权的主体藉论证而扩张 162

二、生命权的内容藉论证而变化 166

三、生命权的保护藉论证而转型 172

结语 176

第六章 论人格权法定主义 178

前言 180

一、法定主义抑或意定主义？这是个问题 182

（一）两类歧异的观点 182

（二）本章的看法 185

二、人格权法定主义与一般人格权 191

（一）“一般人格权”在本质上并非权利，而是法益 193

（二）在外延上，一般人格权与具体人格权、人格权等概念
存在逻辑矛盾 198

三、人格权法定主义与侵权责任构成 201

（一）法国法 201

（二）德国法 203

（三）日本法 205

（四）荷兰法 206

（五）中国大陆法 207

四、人格权法定主义与人格权的性质 209

结语 211

第七章 物权制度设计的正义维度与效率维度

——伦理学与经济学的视角 213

前言 215

一、物权制度设计的正义之维 215

(一) 物权法的基本任务

——界定物权并规定使各人获得物权的规则 215

(二) 物权法原则上实践归属性正义,而非分配正义 219

(三) 非实践分配正义的物权法在本质上是形式理性法,
不扮演公法、社会法角色 221

二、物权制度设计的效率之维 223

(一) 物权法追逐实现效率的价值目标 223

(二) 为实践效率,物权法既可能保护物权,亦可能限制物权 226

(三) 为实践效率,物权法可能一反采取财产规则的惯常
立场而改采责任规则 227

三、不能以效率价值戕害正义价值 230

(一) 物权法上的正义价值与效率价值并非经常冲突 230

(二) 奉效率为圭臬可能过度戕害各人基于正当行为规则
获得的物权 232

(三) 藉限制“物权的神圣性”以实践效率的责任规则不能
升格为物权法的基本规则 237

结语 239

参考文献 240

后 记 274

个人主义方法论与私法

在如何处理个人与社会的关系问题上存在个人主义与整体主义两种不同的思想体系,而它们各自又呈现为价值论的与方法论的两种不同的形态;个人主义方法论在政治学、经济学、社会学等主要社会科学门类中得到了广泛的运用。仅就法学而言,个人主义方法在私法中居立基础地位,是私法研究无可替代的方法,而整体主义方法在私法中只存在非常有限的适用空间。个人主义方法论在私法中的具体而典型的表现私人主体、私人利益、私人自治、自己责任、权利本位、形式平等、交换正义、程序正义与主观价值论等范畴。虽然迄今学界已自觉不自觉地私法领域中使用个人主义方法论,但由于整体的幽灵无处不在,提倡、张扬个人主义方法论仍具有相当的必要性。

“个人主义思想是近代以来西方文化的灵魂。”^①

——贝拉

“正是因为以这个‘分解综合’的方法为前提,而不是以亚里士多德的‘创始起源’的方法为前提,个人意志的目标及性质问题,自然状态里人的意志问题,对于国家学说的具体发展,才成为决定性的。”^②

——斯特劳斯

“自由、平等的个人,他们作为自己的禀赋及利用这些禀赋的所得之所有者,彼此联系在一起。社会是由这些所有者之间的交换关系形成的。政治社会(是)……为了保护这种产权并维持有序的关系而形成的。”^③

——麦克弗森

① [美]罗伯特·N. 贝拉等:《心灵的习性:美国人生活中的个人主义和公共责任》,周穗明、翁寒松、翟宏彪译,三联书店1991年版,第214页。

② [美]列奥·斯特劳斯:《霍布斯的政治哲学》,申彤译,译林出版社2001年版,第3页。

③ [英]迈克尔·H. 莱斯诺夫:《二十世纪的政治哲学家》,冯克利译,商务印书馆2001年版,第123页。

前言

德国著名的法哲学家拉德布鲁赫曾经指出：“有关法律方法的研究愈来愈多。就像人，如果终日为自省折磨，大多数情况下成为病人。而科学，如果总是抓住机会忙于研究自己的方法论，也常常是有病的科学；健康的人和健康的科学并不总是要太多地了解自身。”^①对拉氏的这一言论，日本比较法学家大木雅夫回应道：“这句话只是针对方法论有些过剩的德国而言的，而对于方法论极端贫乏、长期对基础理论敬而远之的国家来说，这种说法则可能有害于科学的进步。”^②虽然这是不同国别的法学家的“对话”，但依本人私见，大木雅夫的这一评论对同样极端欠缺方法论的中国法学而言，应该也是客观而公允的。

“道德科学、社会科学或政治科学之本质特征是它的方法”，^③作为社会科学重要组成部分的法学当然也不例外。然而，长期以来，我国民法学都处于研究方法积贫积弱的状态，学界一直缺乏对方法论的关注，这导致了民法学研究方法的单调和薄弱。在建国以后乃至改革开放后相当长的一段时间内，我国民法学界主要使用的是阶级分析的方法，这是一种从阶级和阶级斗争的角度对民商法进行分析研究的方法。它过于强调法的阶级属性，对法律自身的技术性内容基本不予涉及，其弊端极为显见，基本上已被我国法学界所抛弃。目前，学界运用得比较广泛的方法是“规范研究方法”，即把各种民事法律规范如何构成的法理，以及各种规范之间的关系作为研究对象的方法。^④它接近分析法学的方法，但显然未达到后者所具有的科学性的程度，有时甚至被讥讽为“注

① [德]拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第193页。

② [日]大木雅夫：《比较法》，范愉译，朱景文校，法律出版社1999年版，第81页。

③ [英]詹姆斯·布赖斯：“法学的方法”，杨贝译，载 <http://www.law-thinker.com.cn>。

④ 孙宪忠：“关于民商法的研究方法”，载《法律科学》1999年第2期。

脚法学”。在我看来,此种方法当然是必要的,然而在这种方法下,对诸多民法制度,我们或许能知“其然”,但却难以知晓其“所以然”,我国民法学的研究绝不能仅踟躅于此。民法学研究要向纵深发展,在研究内容不存在较大增长空间的情况下,唯有诉诸研究方法的更新与多元化之一途。

那如何实现民法学研究方法的更新与多元化?我认为,努力的一个基本方向就是实现民法学与其他学科之间的沟通与融合,亦即采用其他学科的知识来从事民法的研究。由社会分工所肇致的专业分工是我们所面临的一个基本社会现实。无可否认,这种专业方面的知识分工创造了空前的知识效率和知识繁荣,使得人类在知识的构成、信息的容量和传递方式等方面都取得了长足的进步。然而,由此所形成的专业巢使每个人都只能在自己的专业领域内耕耘那属于自己的一亩三分地,这就使得各学科之间的楚河汉界泾渭分明,隔膜极深。这肇致了美国伦理学家麦金太尔教授所感叹的那种“零散的知识碎片”。每个人所获得的知识都只是关于这个世界的整体知识的一块块的片段而已。以民法的研究为职业者也摆脱不了此种命运。即使我们能通晓民法知识的全部,即使我们能在民法的领域内游刃有余,但我们也只是掌握了关于这个世界的部分知识而已,此根本不足以保证我们依据现有的民法知识对社会问题的处理就是精当、妥适的,因此,在民法与民法以外的学科之间建立起沟通与交流的平台至关重要。中国法学的幼稚,其实在于法学的研究缺乏深厚的法学理论基础和哲学、伦理学、社会学基础。^①我国民法学的研究要进一步深化,就不能故步自封,而是要有放眼域外的魄力,亦即在立足民法的前提下,超越民法自身,诉诸那些在人类知识体系中居于基础地位的哲学、伦理学、经济学、社会学等学科

^① 郭振杰:“中国民法法典化之反思”,载《西南政法大学学报》2004年第6期。

门类,通过这些基础性学科门类所提供的知识、原理、分析工具等来开展民法的研究。我国有学者指出,中国大陆民法学正从体系的时代(以参考史尚宽、郑玉波等人的民法著述为标志)走向方法论(此处所涉的方法论并非本章所言的方法论——引者注)的时代(以参考王泽鉴、黄茂荣等人的法学方法论著述为标志)。至于作为民法学的自觉与反思的哲学时代的到来则仍有待时日。^① 此论颇有见地。民法哲学时代——这里所说的民法的哲学时代,还包括了民法的伦理学、经济学、社会学等时代——的到来,意味着民法的研究工具箱中从此又增添了哲学分析、伦理学分析、经济学分析、社会学分析等行之有效的工具,这也就是民法学研究方法的更新与多元化的目标实现之时,此种方法论上的进步“对于打破学科内和学科间的壁垒,深化研究以及推进学术同行的交流与评估具有关键性的作用”。^② 这离中国民法学研究的真正自足与成熟或许就为期不远了。

本章的主旨亦是关于民法学研究方法的思考,不过,与诸如形而上学、分析、历史、比较方法之类的从内容上确定的方法不同,^③ 本书旨在阐释的“个人主义方法”是一种从研究立场的角度——在个体与群合中,我们究竟选取何种范畴作为研究的基点——确定的方法,由于个人与社会的关系问题首先是一个至关重要的哲学问题,因此,从其定位来看,它实际上就是一种哲学分析的方法,可归属于民法的哲学基础的范畴。在这个意义上,本章作者所做的努力其实可视为是为民法哲学时代的临世鼓与呼。

下文先揭示出在处理个人与社会的关系问题上存在个人主义与整

① [美]安东尼·T. 科隆曼:“合同法与分配正义”,王建源译,中国法制出版社2002年版,第281页。

② [美]埃里克·A. 波斯纳:“法律与社会规范”,沈明译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第3卷),中国政法大学出版社2004年版,译者序第14页。

③ 布赖斯勋爵认为法学研究的方法通常包括形而上学方法、分析方法、历史方法、比较方法四种。参见[英]詹姆斯·布赖斯:“法学的方法”,载 <http://www.law-thinker.com.cn>。

体主义两种不同的思想体系,而它们各自又呈现为价值论的与方法论的两种不同的形态;然后分析个人主义方法论在政治学、经济学、社会学等主要社会科学门类中的运用并附带阐述整体主义在这些学科门类中的运用。在完成这些铺垫性的工作以后,本章将揭示个人主义方法在私法中居基础地位的事实,指明它是私法研究无可替代的方法;而整体主义方法在私法中只存在非常有限的适用空间。进而,本章较为详尽地分析个人主义方法在私法中的各种典型的运用与展现。最后,本章结合我国现行民法上的一些典型制度来说明张扬个人主义方法论对当前中国的必要性。

一、什么是个人主义方法论

(一)什么是个人主义

个人与社会的关系是人类文化永远需要面对和解决的一个长存常新的问题,也是贯穿人类文化的一个永恒的根源性的矛盾。英国哲学家罗素一直在思考“如何才能把进步所需要的个人创造力与生存所必需的社会内聚力结合在一起”。^①这实际上就是如何处理个人与社会的关系问题。个人与社会的关系问题不仅是一个根本的哲学问题,而且也是诸如伦理学、政治学、社会学、经济学、法学等具体社会学科门类的重大问题。在如何认识和处理个体与群体、个人与社会的关系问题上,存在个体主义(individualism)与整体主义(holism)两种不同的方法论和价值原则。^②罗素指出,自古以来的哲学家们“可以区分成为希望加

① [英]罗素:《权威与个人》,肖巍译,中国社会科学出版社1990年版,第1页。

② 我国学者往往将“整体主义”称为“集体主义”(collectivism)。(参见邓正来:《自由主义社会理论——邓正来解读哈耶克〈自由秩序原理〉》,山东人民出版社2003年版,第237页。)当然,也有学者认为,整体主义与集体主义是两个不同的范畴。(参见刘晓虹:《中国近代群己观变革探析》,复旦大学出版社2001年版,第7页。)我采纳前一种观点,因此下文所述的“整体主义方法论”亦可称为“集体主义方法论”。

强社会约束的人和希望放松社会约束的人”。^① 这句话很精辟地指出了人们因立场不同而分属个人主义或整体主义两个不同的阵营。那么,何谓个体主义?何谓整体主义?若要对它们作出简洁的界定,不妨借用法国学者迪蒙所作的定义:重视个体价值、忽视社会总体或使之处于从属地位的意识形态为个体主义意识形态。重视社会总体性的价值、忽视个体人或使之处于从属地位的意识形态是整体主义意识形态。^② 质言之,个人主义是指“个人被抽象地勾画为已经被给予的一个项目,它们已拥有一些兴趣、要求、目的及需要等。而社会及国家则被视为一组实际的或可能的社会机制,它或多或少地对于个人的需要做出回应”。^③ 如哈耶克所述,“这种对个人作为其目标的最终决断者的承认,对个人应尽可能以自己的意图去支配自己的行动的信念,构成了个人主义立场的实质”。^④

我国多数学者认为,个人主义的概念最早出现于19世纪上半期,^⑤ 实际上,1798年康德在自己出版的最后一部著作《人类学》中,就首先使用个人主义的概念。^⑥ 而“整体主义”(holism)一词最早出现在南非政治家史穆茨(Jsmuts,1870~1950)于1826年出版的《整体主义与进化》(Holism and Evolution)一书中,后经哈耶克、波普尔等人的使用,被广

① [英]罗素:《西方哲学史》(上卷),何兆武、李约瑟译,商务印书馆1963年版,第22页。

② 参见[法]路易·迪蒙:《论个体主义——对现代意识形态的人类学观点》,谷方译,上海人民出版社2003年版,第243页。

③ Steven Lukes, *Individualism*, Oxford: Basil Blackwell Publisher Limited, 1973, p. 73.

④ [英]弗里德里希·奥古斯特·哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅、冯兴元等译,中国社会科学出版社1997年版,第62页。

⑤ 英国学者史蒂文·卢克斯认为,英文中的 individualism 直接来源于法文,最初是法国保守思想家用来批评法国革命的一个术语。(Steven Lukes, *Individualism*, Oxford: Basil Blackwell Publisher Limited, 1973, p. 2.) 哈耶克则认为,“‘个体主义’与‘社会主义’这两个术语最初都是由现代社会主义的创始人圣西门主义者创造的。他们首先创造了‘个体主义’术语,用以描述他们所反对的竞争社会,然后又发展了‘社会主义’一词,用以描述中央计划的社会”。(参见[英]哈耶克:《个人主义与经济秩序》,贾湛等译,北京经济学院出版社1989年版,第3页。)

⑥ 康德指出,“个人主义包括三种不同的狂妄:理性的狂妄、鉴赏的狂妄和实际利益的狂妄。也就是说,它可以是逻辑的、审美的和实践的”。参见[德]康德:《实用人类学》,邓晓芒译,重庆出版社1987年版,第4页。

泛传播开来并进入了社会科学领域。^①

个人主义是哲学上唯名论的必然结论。^② 中世纪唯名论与唯实论争论的基本问题是：个别先于一般，还是一般先于个别。唯实论强调理念的共相性，它把理念看成是先于个别存在的“总体”抽象形式。唯名论则强调唯有个别事物才是真实存在的，共相在理智之外实际上并不存在，但共相也非纯粹的想象物，它作为一种概念产生于个别事物中的某种“共同性”。唯名论提供了一个重要的观点：个别先于一般而存在，“个别”是一切分析方法的初始点，因此，人们的眼光应从虚幻的彼岸世界，转向活生生的现实世界，重视个人对现世幸福的追求。唯名论的分析方法在霍布斯那里得到了更明确的表述。霍布斯认为，在我们能够认识整个复合物之前，我们必须先认识那些被复合的东西，因为只有通过它的组成要素，才能更好地了解每一件事物。作为社会复合体的组成要素，正是他的哲学理论中所说的人。^③ 在唯名论看来，“人”这个概念若不落实于活生生的个人，便是空洞的概念，故强调个人就是最高目的。“在启蒙运动之后，唯名论的精神取得了胜利，它改变了传统的秩序观念，这种胜利的表现之一是经验科学的认识方法支配了欧洲的思想界。”^④

（二）个人主义价值论与个人主义方法论

不论是个体主义还是整体主义，都可在不同的意义上使用，它们既具有方法论的含义，又具有价值论的意义，分别代表了两种不同的研究方法和价值原则。就个人主义而言，它既可在价值论的意义上使用，也

① 史穆茨指出，整体主义是出自希腊文“whole”这个词，用来表示世界的整体性特征。参见景天魁、杨音莱：《社会学方法论与马克思》，人民出版社1993年版，第92页。

② [英]哈耶克：《个人主义与经济秩序》，贾湛等译，北京经济学院出版社1989年版，第6页。

③ 张雄：“对经济个人主义的哲学分析”，载《中国社会科学》1999年第2期。

④ 左大培：《弗莱堡经济学派研究》，湖南教育出版社1988年版，第38页。