



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 941

民法的权利分析模式及其局限

梅夏英

很荣幸又能到这里与同学们交流。经验证明,一个人在学术思考时有什么好的想法,又能通过较好的途径将其表达出来,是促使自己思考成熟和最终形成成果的较好方法。我庆幸自己有机会经常与大家交流,以享受上述好处。今天所讲的题目是关于民法上的权利分析模式及其局限的,这种论题看上去显得有些狂妄,但本着尊重自己思考的想法,在此向大家作一汇报,如有价值,可以日后继续完善,如无价值,则可弄清其缺陷所在。总之,可以使我弄明白一些东西。

关于民法思维方法在此不便深究,但权利分析却是我们一以贯之的民事关系分析模式,某种程度上成为我们思维的出发点。在此前提下,缺少权利的确定,我们可能在分析具体法律问题时六神无主,因为没有明确的权利类型,我们就无法将某一类法律关系归入特定的民事规范体系里进行定位,并得出较为明确的结论。事实上,民法体系也是以权利体系为线索的,民事关系的扩展某种程度上体现为权利体系的扩展。权利体系是对各种民事关系予以类型化的结果,并且通过对具体权利类型的规制,我们大致可以推知具体权利规范,从而在分析民事法律关系时,可以达到“某种民事关系应当如何处理”这一结果。因为民事权利的后果许多情况下是由权利的效力延伸得来的,通常也认为它决定了实在法的规定。这种权利思维模式属于实体法上的理论建构,可以在实践中通过三段论的模式,予以具体适用,因而也构成近代大陆法系国家的重要特色,这一点与英美法系的实用主义和经验主义相区别。尽管这种权利分析模式有诸多优点,但并不是在任何时候都能奏效,因为我们并不能在有的时候都能对一类法律关系抽象出权利这一明确的要素,或者有时候能勉强将其类型化为一种有名称的权利,但这种类型化却并没有实质的意义,不能教我们如何去合理处理这一类关系。以下列举几种现象予以说明:

一、民事主体对于秩序性利益的享有,无法通过权利形式予以类型化。如市场交易主体对于正常交易秩序负有一种义务,如不从事不正当竞争以及非法垄断经营的义务等,同时,其他市场主体也享有公平竞争的利益。但当一市场主体从事不正当竞争及非法垄断经营时,其他市场主体在民法上以何种形式提起救济,则成为问题。因为这种侵权的权利类型无法确定。前一段时间,法院希望以民事诉讼程序对虚假信息披露和内幕交易等行为的受害者予以救济,但其保护的利益却无法进行权利类型化;

二、许多人格权的类型化没有类似物权和债权的操作意义。因为诸如隐私权和名誉权等权利,并没有行为的因素在内,只有在受到侵犯时,这些权利的意义才浮现出来。也就是说,人格权规范并没有太多的行为规范的意义,而主要负有裁判的职能。人格权权利的界限通常非常模糊,某种程度上需要依据裁判才能确定,因此人格权实际上对于法律关系没有本质上的推断意义。(这从大陆法系上人格权理论主要从判例发展而来也可见一斑。)另外,基于传统权利模式,现实生活中还出现了诸如亲吻权、追悼权、拥抱权之争,权利被无情地滥用了。

三、在现实生活中,民事主体的一些利益纯粹以法益形式存在,无法也无须将其类型化和制度化,但仍有一定的法律意义。如已过诉讼时效的债权,房屋承租人妻子或子女对于房屋的居住权,宴请的客人用餐及享受饭店服务的权利等。

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

不需要一一列举，上述现象足以说明，传统权利分析模式并非万能，许多情况下只是法律人的一厢情愿。当然我们可以采取各种借口来将其作为特殊情况处理，但可以肯定，权利分析模式并不能适用于所有的民事法律关系。其实，从侵权法中侵权对象的复杂化中也可以看出，权利也不能完全胜任侵权对象的任务。因此，我们必须弄明白，权利分析模式的由来，以及其局限性的根源。

二、近代民法对罗马法的权利化改造。

权利一词是近代才出现的词汇，是近代个人主义和自由主义的产物，只有三百年左右的历史。值得注意的是，我们虽然以权利的眼光分析罗马法，但罗马法里始终没有出现权利的字眼。西塞罗吸收了斯多噶学派的自然法思想，认为法律是诚实地生活且不加害于他人，并使每人各得其所。从词源上分析，正确的理性为“Right reason”，伦理学上“Right”指正确，而后来在法学上“Right”则指“权利”，即人们有权利去做合于理性的事情。因此，罗马法中的“权利”即主要指人们行为应与自然法正义保持一致，其目标是对自然秩序的维持。也就是说，法律和权利都是关于正义与非正义的学问，而不是仅仅对个人利益的维护。所以法律和权利是一回事，都是对社会秩序的维护，个人利益和社会利益融于其中。按照韩忠谟先生的说法，法律是抽象意义上的权利，而权利则是具体意义上的法律。因此，可以认为，权利在罗马法里是对整个法律制度的描述，并不具有任何个人的意味。

这种情况在近代大陆法系国家民法中得到改变，可以概括为“权利”对罗马法的改造。如罗马上的人格被近代表述为权利主体、人的能力表述为权利能力，物法和债法被表述为物权法和债权法，“法锁”被表述为“意思自治”，私犯被表述为侵权，总而言之，权利和法律行为成为了民事关系分析的二个最重要的分析工具。在近代的权利改造运动结束以后，民法带有浓重要的个人主义和自由主义的意味，法律的制度性和秩序性特点被忽视掉了。

我们可以疑惑地发现，无论是罗马法还是近代大陆法系民法，其哲学基础都是自然法，但为何同样的哲学理论却会导出两种迥乎不同的立法理念？关键在于，古代自然法思想和近代自然法思想所崇尚的价值并不相同。古代自然法思想崇尚秩序，将社会组织和公共的善作为自然秩序和谐的基础，而近代自然法思想崇尚个人，将个人权利视为自然权利进行终级保护，将自然权利视为自然秩序的基础。但两者孰优孰劣，无从论证。从这里我们可以感受到话语的力量，当一些哲学家基于生活领悟，觉得社会秩序具有头等重要地位，就运用所有的语言能量却说服别人，当一些哲学家感觉到个人自由具有至高无上地位的时候，又不惜动用所有的语言能量来对此加以说明，而两者却同时冠以自然法这一名称，由此可见不同的话语场景对生活塑造所具有的无与伦比的力量。尽管优劣不好比较，不过无论哪一种思想在价值单一化的前提下，总归要在现实生活中经受检验。也就是说，在一种立法理念指导下的立法模式终归不具有终极意义。

三、权利分析模式局限性的原因。

要揭示权利分析模式局限性的原因，必须要对于权利分析的前提条件进行批驳。当然，这一任务颇为艰巨，不是我等小辈力所能逮。但就论题相关问题作一局部检讨还是有可能的。

权利分析模式要依赖于两个必要的前提：一是权利优先于善，二是权利可以预设。两个前提之间具有相互重合的地方，可以相互印证。就权利优先于善而言，此处“善”是沿袭亚里士多德以来的表述，指的是善良公共秩序和公共道德，并且亚氏是持相反主张的，即善优先于权利。他说，正义是所有人都有机会做统治者，为此我们需要法律，组织就是‘法律’。说白了，权利优先于善与善优先于权利之间的差别是，一个社会首要维护的是个人还是社会，说得不科学点，就是个人利益和社会公共利益哪一个为终极利益？历史就象钟摆，一会儿社会占上风，一会儿个人占上风，而钟摆并未停止。善优先于权利经过历史验证，具有一定的局限性，主要体现在导致个人淹没在社会中，作为社会肢体而存在，且极易导致极权统治。尽管亚氏也提倡个人利益的维护，但却在现实中不易把握。但近代权利优先于善的论断也并没有一劳永逸地解决问题，主要问题在于，这种指导思想在人的抽象假设前提下，导致社会碎裂，人与人相互疏离，社会亲和力减弱，社会公共利益受到漠视，最终个人利益也大打折扣。可以发现，一个社会的主导思想制度化以后，真的培养出来了相应的人群，古希腊的集体人与近代西欧的原子人形成了相应的对比。

在权利和善之间的任何排列都会引起不良的后果，其原因在哪里？我认为，理论上的价值分析武断地确定了一种价值的合理性，肯定会抹煞另外的价值，从而形成片面化的后果。从根源分析，善优先于权利并不完全科学，因为没有明确的个人自由界限，且这种自由又能一定程度上对抗公共权力的入侵，公共的善又能善到哪里去？而对于权利优先于善而言，则问题更大，直接与人的社会性相违背。我们可以发现，权利优先于善的假设是，先有一个心智充分发展的个人，然后将其放入社会，与其他相同的人通过社会契约组成社会，这样权利自然优先于善。这种社会契约论看似科学，实则经不起推敲。根据常识，一个契约的形成容易，但守约则难，社会契约论解决了契约的问题，但未解决守约的问题，而是否守约，则是社会

道德和法律的问题，这样社会契约论的成立依赖于一个已信奉守约的既定社会，自然权利何从谈起？另外，权利优先于善将个人的社会性尽数褪去，将其变为抽象人，在此前提下赋予其自然权利，并通过实证法予以确定，本身就是一理想。十八世纪的法国思想家麦创全面批判了自由主义，他认为自由主义的前提是，必须存在一个普遍意义上的人，才会有自由，但他没有见过这种人。他说，自由主义者所假定的个人先于社会存在是没有依据的，不受社会影响的人是没有的，社会和个人是同时存在的，人们不可能在社会背后挖掘出人潜隐在深处的所谓人的自然状态，根本就没有一个先于政治社会的状态，也没有先于政治状态的人们，在政治社会以前，人还不是人呢。当代美国实用主义哲学家罗蒂则强调自由主义的相对性，他认为自由主义是一个偶然的发现，因为人们日常生活中常会使用一些根本词汇，如真善美等来论证自己的思想和行动，形成自身的信念，而当代维特根斯坦已证明，词汇本身是偶然的，可以改变的，与社会的真实状况并没有必然联系，只是社会存在的观念上的反映。法国大革命告诉我们，那些描述旧制度的词汇一夜之间就根本改变。自由主义社会的性质也不是简单地赞美什么永恒和神圣，而是启蒙和世俗化。他认为，为自由主义寻求什么本原注定是不成功的，自由主义只是建立人类美好社会的一种尝试，远远没有成功。基于个人主义和自由主义的弊端，美国政治哲学界兴起了社群主义，其代表人物麦金太尔认为，自由主义中的人不承认人的社会性，是一种脱离了历史和文化传统的个人，是没有社会共同体的个人。

总之，自由主义是一种思维方式和一个思想系统，在这一前提下，人们可能有不同解释，但其前提概念总是一致的。目前的情况是，在西方自由主义有点一手遮天了，因为它并不能包括我们对于自然和人性的全部认识，如我们对人性的认识就是自由主义所不能穷尽的。权利优先论首先就将权利定格于社会的对立面，基于权利和法律行为等词汇构成的民法本身就具有最根本的反社会的特性，在这些词汇推导出来的一系列词汇和规则也无疑服从于个人主义的意蕴，从而在这些词汇系统本身无法消解自由主义和个人主义的缺陷，这一点可由德国评价法学派的基础观点和方法得到充分的证明。

至于权利可以预设这一前提，则较好揭示其中的矛盾。如美国著名学者昂格认为，他发现了三个矛盾的原则：规则与价值的原则，价值的主观性原则和个人主义原则。如他认为，传统观念认为，法律自由来自于既定的自由观念，是先设的，但这种自由观念并不能告诉我们如何去规定自由，怎样立法。因为立法者必须在理论之间选择，且各有自己的价值观念。另外，权利可以预设还假设社会中存在公认的自由标准的和立法程序的，但这仍不能不带有自身的个人看法和价值观念。因此，中立的价值观与主观的价值观是严重冲突的。其实任何实质的正义缺少一定的规则量都行不通，而一旦人们试图将规则与实质联系起来，就又跌入了法律形式主义的泥淖之中。昂格认为，说到底，自由主义的缺陷在于，它不能有效地说明普遍与特殊的关系。也就是说，不能解决自由和公共秩序的问题。个人和社会的关系中，社会 and 群体被轻置，个人独立和被奴役是一对天生的矛盾，即同时具有分解的倾向和屈从的倾向。昂格认为，在使个人为他人所接纳的同时，能使个人能够更加自由。

另外，权利预设理论对权利的封闭性并不能作出强有力的说明，因此他注定是有缺陷的。成员资格是个人的最基本的利益，这决定了个人权利的前提是他隶属于某一社会的成员资格，自由主义理论忘记了自身是对成员权利的解释，而不是对自然权利的论证。事实上，传统制度都是历史地形成的，它不是先验的，而是经验的。世界上没有唯一性的东西，正如市场经济是人类有效的分配社会利益的机制，但从来也不是唯一的机制。利益这个词本身就带有主观成分，其实秩序无所谓利益与不利益，权利不权利，是多种因素的综合。美国学者泰勒认为，如果说个人的权利是无条件的，那么其义务也是无条件的，光说权利不说义务，权利没有任何依托。

上述论证似乎离民法上的权利分析较远，但恰恰是上述二个前提决定了我们目前民法上的权利分析模式的正当性。如当我们想保护人格利益时候，首先想到的是民事主体存在一个抽象的人格权，然后将其放入现实生活中予以对照，对于无法制度化的人格权，还通过一般人格权的抽象规定来赋予其合理性。同样，我们对于民事主体对于一个现实的交易秩序的享有，因其不是某一个民事主体独享有的利益，且与个人主义和自由无法直接契合，学者在理论上便没有过多关注的兴趣，而仅将其作为一种现实中的具体问题来看待。可见，权利作为个人主义和自由主义的抽象价值已不知不觉地深入了学人的骨髓，使人缺乏反省的能力。

四、权利的制度性及与民事法律关系的同一性

上述分析只是从价值层面上将权利抽象化的不良后果揭示出来，却无法对权利本身的完善提出何种建议。我觉得，抽象意义上的权利完善已没有实质意义，我们必须首先要明确的是，权利并不是脱离于社会的什么独立产品，而是对于具体社会制度的描述。也就是说，权利本身只能是制度性的，而且一项制度也无须表述为权利不权利。这种说法其实也是老调重谈，如在西方传统上，法律和权利从来就是一个词“JUS”，简言之，法律就是权利，权利就是法律，脱离法律谈权利没有任何意义，而脱离权利谈法律却不见得没有意义。我讲的意思是，权利只是人们的价值判断在实定法上的人为反映，并且影响了人们看待实定法的眼光，说到底，也就是价值和规则区分的哲学命题在起作用。重新从法律的角度看待权利对我们

理解权利分析模式的局限非常有帮助，可以使我们从权利先设的泥潭中爬出来，从现实法律关系的角度去理解权利。

我从一件事情得到启发，上次去医院看病，经过下列程序：搭车去医院，排队挂号，面诊，医生诊断，开化验单，检查，第三天取化验结果，再找医生，因医生休息下次再来，第二次面诊，开药，划价，取药，过三天再复查……前后折腾了我许久，心里不禁嘀咕，看病核心过程就医生诊断，至于这么繁琐吗？我有看病的基本权利呀！但显然全世界不是你一个人看病，而是许多人都会这样做，所以制度就不可避免了。你的权利只在制度中才得以体现，但在制度中也就无所谓权利不权利了，只是阶段性地你享有如何去做的自由，他人违反制度就要承担相应的责任。其实这种情况在现实生活中比比皆是，如一个学者就学术水平可能达到较高的水平，但真正要获得教授资格还得服从评选制度，没有经过评选确认，自封的没有效力，你要是不服，也只有在具体环节上你对校方不满可以提出异议，如果投票成为决定方式，你没有通过，那只能回家反省，你不能以抽象的权利来提出任何要求。实际上，自然权利只是一种应然，而不是实然，如人人可以参政的自由客观上能实现吗？从这个角度来说，我们是生活在一个制度化的世界中，抽象的权利缺少制度也不能获得切实的实现。如一个人在拉斯维加斯赌博输得一文不名，他能基于生存权向赢家要求对方返还一定的赌资吗？

从上述实例说明中可以发现，权利的具体化总是离不开与之相反的组织 and 法律的推动。单凭僵硬的权利，没有社会组织和法律的推动，任何事都做不了，而一旦组织原则和社会思想渗透，权利概念本身就具有了完全不同的意义。如一旦社会团体合作，都会产生人的团体属性。这种个人和社会组织以及原则的矛盾关系，又是绝对不可缺少的。就象感情已经破裂，但又不能离婚的夫妻一样，其中的烦恼是可想而知的。抽象权利本身在制度上并不能有所建树，毋宁说是对制度的价值判断。实际上，各国宪法对人的基本权利的确定，对于法律才有约束力，对于现实个人关系则不能直接援引，其原因就在于，权利只有在制度中才有意义，才有约束力，而宪法则成为价值的宣示和其他法律的约束工具。也就是说，抽象的权利只是具有一种价值判断上的指导作用，对现实生活关系没有绝对的约束力。

回到民法上的权利分析，可以发现，民法上具有一种将权利与具体法律关系区分开来的倾向。具体说来有两种倾向：一种是将抽象权利凌驾于具体法律关系之上，民法上的权利性质或权利归类之争即源于此；一种是将权利作为法律关系的内容来看。其实，在英美法系，权利本身就是法律关系，法律关系与权利并没有上下位的关系，因为如果将权利作为法律关系的内容，权利便只能表示某人可以作什么或享有什么自由这一种单调的工具意义，而没有脱离法律关系的权利本位意义。其实我们有时从规则上谈权利，将其局限于当事人的可为，有时又将权利理解为当事人应当享有某种自由这一层意义，从而无形中又为他人设定了义务，在这里权利作为法律关系的内容和法律关系本身混淆了。因此，如果我们在同一种意义上运用权利，要么将其当作具体法律关系中的一项操作规则，要么将其当作法律关系本身的简略描述，但不能二者同时进行。

基于权利的抽象论述在制度性上的苍白，法国学者狄骥通过实证主义的分析，吸收了涂尔干等人的社会学观点，发展出了社会连带主义理论。他意欲通过排除不可证明的意志作为权利的本质，进而否认主观法权的存在，既然主观权利的基础不是什么意志，那么保留这个形而上学的概念就没有必要了，借用孔德的说法，法权这个字在真正的政治语言上，应该和“原因”这个词在真正的哲学语言上的命运一样，应该将他们抛弃。狄骥不仅不论个人的主观法权，而且也否认国家主权的概念，因为所谓的意思和集体意志都是不可证明的。因此，狄骥认为，所谓权利不过是一种社会职务或社会功能。主观法权都只具有客观法律的地位，是由个人服从团体的规律决定的。比如当一个人只有完全其所持有的动产、不动产的功能的时候，才完成了社会交给他的职务，才会受到法律的保护。

当然狄骥的上述观点为很多人不接受，但不可忽视的是，他正是正确揭示了权利的制度性和与法律关系的同一性，在实证法论述上才具有相当的合理性。但接受狄骥的观点并不意味着完全抛弃权利在价值判断上的意义，只是在规则上，权利并无其在规则推论中应有的意义而已。其实在民法上，主观权利的思想极为严重，为了维护权利在实证法上的纯粹性，物权和债权的产生和效力却服从于一类抽象的规则，并成为法官推论的依据。其实，当代民法的社会化，使物权和债权带有的自由主义意味已受到了空前未有的挑战，实在法显示出无比强大的调控能力，意思自治和所有权神圣原则越来越只停留在纸面上了。

实际上，从权利的本质上去探讨权利几乎已宣告失败。在权利本质学说的诸种理论中，只有意思说、利益说和法力说可以相互抗衡，但学说最后倾向于法力说。就意思说而言，对于人格权并不能有效解释，因为人格权并不是基于意思而赋予的。实际上，意思说是一种价值判断，用来解决具体规则并不能行得通。而利益说认为权利是一种法律保护的利益，但既然权利是为了保护权利人的某种利益的，那么它本身就不是这种利益，只是一种法律的形式，可以依此形式主张利益。至于对法律的保护强调，利益通过法律制度以及其他方式也能得到很好的保护，而不一定要设定一个权利，如通过义务或处罚也可以对利益进行保护。拉伦茨认为如果认为法律保护对权利来说是主要的，即权利人应自己拥有这种权利，并通过诉讼来

实现法律保护，那么又会把权利和诉求相提并论，这种说法也没有涉及到权利的性质，也无助于我们把两个不同的定义结合起来。而法力说则强调法律的制度保护，离权利的本质最远，而最为人所接受，充分说明了权利只能从制度上去寻找大致定义。

五、权利在民法中应当采取的含义

上述分析容易使人产生一种权利无用论。我们在批判一种分析模式时，并不是想将其轻率否认，而是要正视其局限性，并在保留传统的基础上，对其予以合理运用。就我个人来看，我觉得将民法上的权利局限于法律关系当中主体的可为规则较为合适。也就是说，权利是对具体法律关系中“某人可以为何行为”这种含义具有一定的浓缩意义，省却重复的烦恼。拉伦茨认为，形而上学意义上的权利是无法界定的。某人享有一种权利，意思是说，他依法能享有什么，或者应享有什么，这只能是一种框架概念。所谓这里的什么，可以有各种情况，如对人的尊重，或所有权或请求，从而有各种不同的类型，某人依法享有什么，是一种基础关系，是规范领域内不能再引申的基础类型，即人与人之间的相互尊重关系。义务也同样服从这一基础关系。但我认为，对于人格权而言，它只具有符号意义，并不能具有行为规范的功能，说某人享有人格权，实际上依赖于为他人设定义务。这种义务并不依赖于某一既定权利。

梅迪库斯则认为，权利在私法中所占的主导性地位，长期以来遮盖了传统学说考察其他思路的视线。人们将那些仅仅通过个别的命令或禁令得到保护的法律状态，也视作了权利。这种看法扩大了侵权法上的损害赔偿的范围。如对营业活动的保护，将不正当竞争行为禁止，但这样一种看法也会把营业资产当作所有权一样来看，如顾客资源和声望等，显然过分了，窒息了竞争和行为，只有在违背善良风俗或重大利益情况下才可以予以保护。人们常常称这种权利为框架权利，以示其效力较弱。这种权利与所有权不同，行为本身并不违法，需要利益衡量才能确定。

可见，拉伦茨和梅迪库斯最终都没有能对权利的法律含义得出中肯的结论，只是拿出了合理的解释。因为权利在秩序中本就没有自由因素的存在，坚持自己权利的人并不是基于授予他的某种权利，而是基于他的行为和要求是合法的。作为法律上的人，他只能这样做。我之所以强调在行为的意义上使用权利，是因为这种意义上的权利具有操作性，也符合我们对权利的期待，我们不至于希望自己知道享有何种名称的权利，却不知道如何去做。关于这一观点，台湾学者曾世雄先生曾有较为新颖的论述，他将民法的功能分为行为本位和资源本位两种相互冲突的本位，如果行为本位体现了一定程度的个人自由的话，那么资源本位就彻底体现了国家的公权力分配，民法的分配功能越来越显著。对于人格权而言，体现更为深刻的不是自由的价值，而是分配的价值。从分配的功能角度去探讨民法会激起很多人的反感，但实际上这种功能自始就存在，并且是分配意识在支配立法者，并且哺育着民法的意思自治。

这里扯远点。自近代以来，一个明显的现象是，自由放任的市场经济背后是国家的制度分配，也就是说，国家通过自由市场来分配社会资源，以代替国家的行政分配，市场从来只是社会经济运行机制，从来没有终极自由意义。法律上的自由与政治哲学上的自由本身就是规则与价值的关系。事实上，近代市场的发展和民法制订，没有强大的国家权力，是无法实现的。从国家制度而言，市场在形式上永远是国家的制度。某种程度上，资本主义的发展还带有某种反市场的性质，华勒斯坦、博兰尼和布罗代尔等就此进行了深入的研究，发现市场竞争者都有逃避市场获取垄断利润的倾向。具体论述在此不谈，我只想谈，一个国家是否采用市场机制，是立法政策取向决定的，立法目的和社会集体行动决定了社会法律制度，宏观调控下的市场规则永远没有脱离国家权力和立法机关的抽象自由存在，更多地体现为一种社会有意识的分配。理解了这一层，我们就可以理解民法中纵横交错的公法和私法规范，如民法中的登记规范、审批规范、责任规范和其他许多框架规范等，都是意思自治的前提条件，可以将其比喻为酒瓶与酒的关系，也可比喻为，立法者事先构筑了公路，而意思自治仅体现为驾车人在公路上驱车行使，其权利和自由莫过于此。

由上得知，民法上的分配理念时常在发挥作用，一直在与抽象的权利和自由观争短长，而最终当国家分配之手在公路上时时设置隔离带，或封道时，自由主义民法学家为此感到遗憾，视为特例；而有些法学家则认为是正常现象，视为社会化。但其前提都是以意思自治为参照的。正如几十年前，弗罗姆和拉伦茨在为民法究竟还是以意思自治为基础，还是以社会化为主要特点进行喋喋不休的争论一样，这争论并没有实质意义，因为我们将甲、乙两种颜色形成一种混合色后，有人说，甲色仍为底色，也有人说，乙色为底色，有何意义？其实传统的意思自治原则是一种单纯抽象的产物，具有强烈的价值导向，却是一种没有实证根基的理论。而国家分配却有可能在极端的情况下，对意思自治取而代之。当然，大多数情况下其后果是严重的，但如何把握个人自由和国家调控的关系，却是在总结生活经验的基础上由立法者和法学家进行权衡的，在书斋中是得不出结论的。如梅迪库斯认为，私法自治在于法律为个人提供一种权力手段，以此实现自己的意思。经验告诉我们，自主决定是调节经济过程的一种高效手段。但私法自治恰恰有时会破坏掉社会公正性，利益平衡恰恰是法学家的任务。从这个意义上说，法律是一张破碎的地图，社会上的各种利益和呼声都想在其中找到位置，最后只可能是一种相对折衷的产物，一种理论欲一以贯之地贯彻于民法，获得一种非常整齐和对称的效果是不可能的。也许，持各种美好理论的法学家也正是影响立法力

量,其意义可能正在于此。不论怎么说,市场对现代人而言已成为生活方式的一部分,在某些方面市场将拓展,而相应地其又将萎缩,但意思自治和私权神圣在现实面前被冲击得七零八落,犹如宇航员在太空上看长城,只是一条模糊的线条,在地面上则为断断续续的连接。

六、上述分析在现实生活中的若干意义

上述分析有空谈之嫌。但我认为法律是最需要抽象思维的学科,空谈的目的是为了对现实生活有所启迪。

就理论研究而言,我们应正确认识法律权利和抽象权利的区别,从而选择正确的思考方式。如概念法学上的权利在许多情况下为抽象的应然论述,物权和债权等概念都带有抽象性的特点,且基于人为的分类,物权和债权的区别被纯粹化了,其效力模式也由人为设计。但现实生活中抽象的权利必然会融入社会,形成具体的法律关系,而具体法律关系更多地考虑到多种具体因素,不见得都服从于抽象的法则,如债权的可侵性问题在理论上就很难讲得通,但在现实生活中却不得不基于背俗侵权对其予以肯认,另外,物权的效力和债权的效力之分也并非是由物权和债权的内容决定的,而更多地取决于公示制度,而公示制度本身与抽象权利并无太大联系,是一种强制性制度。这就说明,传统概念法学的提取公因式方式具有浓厚的理想色彩,在具体制度上总要大打折扣,普遍性和特殊性之间存在着根本的紧张关系。这使我们意识到,权利的性质之争,或法律关系的性质之争正是抽象权利观在起作用,正如我们争论股权是物权还是债权一样,许多争论并没有本质意义。另外,如果一项权利带有浓厚的抽象色彩,在实践中就会引起无数争议,且没有明确结论。如所有权是从抽象的支配权上去定义的,所以关于所有权的争论历来非常激烈,尤其对于团体所有权更是没有一个明确的结论。如果所有权的概念是具体的,我们可以发现,抽象的所有权可以拆解,成为一系列具体的法律关系。从上述思路出发,民法学的完善与其从理论体系上予以完善,不如完善各项具体制度,多解决一些问题,少谈一些主义。也就是说,民法学研究要进一步服务于裁判,综合考虑多种社会因素,努力制订结构精巧、倾向实用的民法规范,淡化以个人主义和自由主义单一价值体系为核心的近代民法形而上的论证。事实上,德国兴起的请求权分析模式正是在抽象的法律关系和权利分析模式在现实生活中出现弊端以后的产物,请求权分析模式一定程度上避开了权利定性的困难,直接寻求请求权所依赖的具体规范,将实体上的权利与诉讼直接联系起来,这正是一种尊重具体制度的务实方法,值得我们在法学方法上予以借鉴。

事实上,罗马法和英美法从经验主义出发,所得出的“无救济无权利”思想,充分说明了权利的制度性本质。德沃金认为,权利是在争议中实现的,书本上的权利并不是真正的权利,只有在主张当中才能成立。某种程度上,权利是由法官创造的,并由法官通过解释来实现。从这个意义上说,民法基于理论构建所形成的形式理性过分地拮据生活中的小部分因素进行考虑,并予以固定化,有时确实忽视了生活中有价值的许多因素。如民法上的人的假设过分注重人的财产,而相应地忽视了人的情感属性。契约过于注重意思自由,而忽视了订约双方的实际状况。当然,这些情形也有些缓解,如关于民法上的人在拉伦茨那里已变成了“伦理人”假设,关系契约也已开始出现,但这些并不能根本动摇民法的僵化形式理性对丰富生活的切割,所以面向裁判,通过一定判例的积累来建立公众对于法律的预期,是对于僵化形式理性的必要的弥补途径。实际上,民法上的诚实信用和公序原则根本上就是对于僵化的权利思维模式的一种纠偏,这种义务型的帝王条款不但将社会秩序灌输进民法的单一价值体系中,也为法官在裁判中突破民法上形式理性打开了一道缺口。

其次,民法学不应过多地关注形式上的法律或权利分类和归类。作为制度体而言,法律和法律规范并不能严格区分为公法和私法、物法和债法、权利本位和义务本位、意思自治和国家强制等,就象不能用刀子把苹果切成两半一样。一项制度的形成是多种因素的综合,法律形式与目的,法律价值与规则都在产生影响,不可偏废。拉德布鲁赫认为,法学有双重任务,一方面是解释,另一方面是构造和体系,它暴露了经验理论和实践目的的任务之间完全不可调和的混乱。现代民法已成为由传统民法典核心内容和大量单行法共同组成的大杂烩,法律分类本身就非常模糊,民法如何统摄这些法律或单行法,本来就是一个问题。又如商法是比较活跃的法律,从传统观点来看,很难说其不是以权利本位为特征,但可以发现商事单行法从来就不是以权利来分析和统领商事关系。这也许正是民商合一原则在理论和立法上都存在困难的原因。另外,基于现实的需要,现实生活中综合立法模式已成为立法发展方向,传统法律之间的严格界限一定程度上淡化了。在此前提下,纯而又纯的理想的民法在社会化的潮流下已一定程度上存在着破碎化的趋势。这象一个单纯的人走入社会社会化一样,民法这种承载单一理想价值的法律规范体在当代社会的熔炉里也逐步向综合体方向迈进,单一的体系化思维模式受到了巨大的挑战。

上述关于权利问题引出的话题涉及到民法的根本理论问题,说到这里本人已力不从心了。总结起来,所谓权利分析模式引出的问题,并不是第一性的问题,而是人为的问题,在分析法学上只是概念本身的问题。权利本来是对某一种法律关系的简略表述,只是有时却被我们用来规定某一类具体法律关系。有学者曾把法学视为所有科学中的一种本土精神最强的学科,也是所有科学中最为复杂的科学。我们在建构我国

民法学时，应当正视我国目前的社会现实情况，正视我国的问题，合理、有限度地借鉴外国立法经验，如果把其他国家十八世纪的问题和方法当作我国的问题和方法，会浪费许多宝贵的时间，在实践当中也不一定行得通。因此在民事立法和民法方法选择上，不宜一味地唯外国人马首是瞻，我们应扩展视野，结合我国情况建构自身的民法体系和方法。

我的演讲完了，耽误了大家的宝贵时间，谢谢大家！

来源：中国民商法律网

相关文章：

[权利冲突：制度意义上的解释](#)

[民法上抽象概念的局限与行为、制度概念在当代的意义](#)

[罗马法财产权构造演变的历史评析](#)

[无形财产的理论 and 立法问题](#)

[民法上人格的二元性与民法典的结构](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)
