

尹田民法学演讲集



修订版

民法思维之展开

尹田 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

再版序言

本书自2008年7月出版,到现在已经5年多了。本次修订再版,原有的内容有所删减,增加了5篇在这段时间内新的演讲录音记录稿。原有内容能大部保留,说明至少在自己看来,几年以前表达的各种思想仍然具有活力和启迪作用,这算是个好消息;新增内容不见得多,则说明这几年自己的学术创新成效甚微,这算是个坏消息。

我不知道一个电影演员在重新观看他过去主演的影片时是一种什么感觉,是感叹、激动,还是惭愧、沮丧?但我在重新审阅本书收集的过去的演讲稿时,却时常为自己在那时的激情乃至偶尔表现出来的睿智而感慨不已。回想起来,从2000年到2007年,确实是我学术研究的高峰时期,这一时期,正是物权立法进行得如火如荼的时段,再加上民法典的起草,民法理论研究风生水起。那段时间,我每年发表十多篇文章,提出了不少具有创新性乃至颠覆性的学术观点,并且四处鼓吹。但在此后,随着《物权法》和《侵权责任法》的颁布,立法高潮渐退,学界的喧嚣逐渐消停,我的内心也渐渐归于平静。这些年,理论研究依然在搞,但却不再那么冲动和叛逆;讲座依然在做,但注意力却更多地转向一些司法实务问题。面对我的学术创新激情的退潮,我有时会深感惶惑。但每当想起曾经和社科院陈甦教授的一场对话,便总会感到某些释然。那次和他聊天,我对他说:有件事我一直不大想得通,我们在学校的学者,要担任大量的教学事务,每年总会发表好几篇论文。而你们专搞研究的,几乎天天就做一件事,而且也很勤奋,怎么也不见得会比我们发表更多的文章呢?他笑了,说:这很正常。研究学问和生产产品不是一回事,做学问需要积累,源源不断的创造,这是任何人都办不到的。所以,时间多,不等于成果多。确实,真正的学术创新需要积淀,而积淀需要过程,而所积淀的学术养料的

II 民法思维之展开

发酵及至燃烧,则需要更缓慢的过程,还要有外界因素的催生和激发。只是不能不承认的是,一个演员如果不再憧憬和激动于未来的新的角色,一个学者不再向往和执著于未来的学术创新,那所有的过程和积淀就都没有了意义。所以,我不希望这本书是我第一本,也是唯一的一本演讲集。

不过,当老师与当学者确实不是一回事。最近发生的一件事情充分说明,就我本人而言,即使我不是一个好的学者,但我绝对是一个最好的老师:11月中旬的一个周末,北大光华管理学院培训部请我去给他们举办的一个私营企业家高级培训班讲两天法律课,地点在天津静海县一个大专学校的演讲大厅,据说有一百多名学员。但当我走进灯光明亮的大厅时,我吃惊地看到,偌大的演讲厅只有七八个人坐在里面。组织者有些尴尬地告诉我,这个培训班每周末听课,由于持续两年,人越来越少,这是最后一次课了,所以没来什么人。我说,第一,我这是第一次讲课,人来得少,不是因为我讲得不好,与我无关;第二,讲不讲是老师的事,听不听是学生的事情,人少没关系,不能辜负了来听课的学员,到点儿咱就讲。到点儿了,我走向宽大的讲台,坐下来,对着麦克风,开始讲课。大厅开了暖气,很暖和,音响极好,让回荡在宽敞的大厅里的声音显得很浑厚、很有磁性。我愉快地讲着,被自己的声音舒服地环绕和抚摸,沉浸于思想和智慧在缓缓流淌中产生的心理上的愉悦和快感之中。我望着台下,映入眼帘的景象抽象而且模糊,无论是几乎空无一人的大厅,还是散乱坐在前几排座位上的几个人,似乎都是一些没有意义的符号。就这样,我整整讲了两天。结束时,听课的人跑上台来和我拍照留影。一直坐在台下听课的组织者在旁边用诧异、钦佩的眼神看着我,然后不停地摇头叹息,说这么精彩的课,可惜他们没来听。事后想起来,我也为自己的敬业精神吃惊,有一种无意之中创造了一项行为艺术的奇特感觉,但这毫无疑问是一种很舒服、很惬意的感觉。

对我而言,演讲是一种幸福,这是真的。

尹田

2013年12月27日于重庆

演讲是一种幸福(代序)

来美国各地作物权法讲演的前几天,得到北大教育基金会给我的一张做了塑封的照片,是在北大勺园发表演讲后拍的。照片上的我,西装革履、神态稳健、脑门开阔、气宇轩昂,一看就不大像个小人物。我拿着那照片,盯着照片上的我,有一种恍恍惚惚的茫然,突然嘴里就喃喃冒出一句话来:“照片上这个人小时候能够想象到自己将来会变成这个样子吗?”

我小时候是一个极其腼腆、羞怯、敏感、自尊的孩子。记忆中最古老的印象,是我三岁时的冬天,在幼儿园午睡,尿急不敢吭声,经过漫长的忍耐挣扎,终于尿裤子刹那间那种令人耻辱的暖烘烘的感觉。而常常对人讲起的故事,是幼儿园放学后最喜欢去母亲的办公室,一头钻到办公桌下面,在一个破竹筐里翻找,那里面装着母亲在课堂上收缴的物资,如果能够从里面翻出一本破旧的小人书,我就开心得要死!有一天,我正灰头土脸地在破筐里扒拉,母亲来了,让我去找坐在另一张办公桌前的男教员,说他那里有一些新买的小人书,可以借来看看。我好兴奋,走到那叔叔背后,却不敢开口。我站着,希望他回过头来看见我,然后跟我打招呼。可是他忙,没注意背后有个由于羞怯和委曲而满脸涨得通红的小孩儿。感觉中很漫长的痛苦煎熬之最后结局是,在挡不住的眼泪涌出来的一瞬间,我转身走了。

少年时代最让我耻辱的一件事是爱脸红,如果母亲让我去一个并不很陌生的地方转告一个并不很陌生的人什么事,那对我是一场严峻的考验;另一件事是爱哭,倘与同伴发生争议,几句话不合,眼泪便哗哗掉下来。毕竟是男孩子,知道脸红和哭泣是羞耻的事,所以一直试图改变自己,可是天性的东西改变起来可不是那么容易。“文化大革命”中,我也曾戴着“红小兵”袖套和一帮小造反派跑东跑西凑热闹,但一到需要和人交

II 民法思维之展开

涉什么时刻，仍然会躲得远远的。直到十一岁多参加了本城的红小兵文艺宣传队，硬着头皮在舞台上手舞足蹈，才慢慢不害怕那些从远处注视过来的目光。可是，离人近了，仍然紧张而且木讷。

十几年从未间断的文艺演出生涯，逐渐习惯了在聚光灯的照耀下旁若无人、满怀激情地演奏我的手风琴，但要和不熟悉的人说话，脸依然是红的，常常说了前一句，忘了后一句，唯一可以证明自己的舌头并不存在天生缺陷的证据，是和知心的朋友在一起时居然也可以口若悬河、彻夜长谈。渐渐长大，参加了工作，通过强迫自己在没完没了的政治学习会上练习说一些官方词汇和给夜校的工人们讲语文课和英语课，说话能力有所提高。到读大学期间充当学生会文艺部长时，至少在我举办小提琴协奏曲《梁祝》音乐讲座的时候，人们已经难以从表面上看出我内心深处的腼腆和羞涩了。

大学毕业后留校当老师。我知道自己脸皮薄和不善言辞的缺点，便为第一次登上讲台做了异乎寻常的精心准备。我详细地写下将要在课堂上说出的每一句话，倒背如流，然后通过录音机调整语调和语速，再找一间无人的教室，从跨进门的第一步开始练习：声音的高低，语言的节奏，何时穿插插科打诨的调侃，何时端起茶杯喝水，何时转身板书，何时以何种动作擦掉黑板上的粉笔字，精确无误，以至于可以保证下课铃声在我话音刚落的一瞬间响起。于是，我的第一次讲课获得了巨大的成功。期末时，在最后一次课结束前第15秒钟，我含着眼泪对法82级甲大班的同学们说道：“每一个作家，都会有第一个读者；每一个演员，都会有第一批观众。如果我将来有幸成为一名优秀的教师，我将永远不会忘记你们——我的第一批学生给予我的掌声！”

二十多年来，演讲成为我生活中最重要的内容。于我而言，教室就是一个剧院大厅，三尺讲台就是一个辉煌的大舞台。走进教室的那一瞬间的感觉，就是我抱着我的手风琴从剧场后台一步跨入舞台炫目灯光中那一瞬间的感觉。这种感觉总是让我无比亢奋，让我忘记了自己。一束柔白的光亮从天顶泄下来，暖暖地簇拥着我，一切烦恼和忧愁都不见了，一切笼罩在心灵上的阴霾和黑暗都消失了，只留下一具高尚纯洁的灵魂，如天使般展开白色的翅膀，引领众人在思想的天空自由自在地遨游。有时候，会忽然觉得自己像是一个虔诚的传教士或者气功师，运用自己的信念和真诚，形成一个强大的气场，牵住听众的思维，带着他们在知识和思想的花园里漫步，或喜或悲，或嗔或怒，任我自如操控。那种微笑着的自信，

那种毫无瑕疵的高贵,让我快乐得发抖!

生活中的珍贵,当然是在无法得到或者将要失去的时候才能被更真切地觉察。1997年年底,我落入了一场精心策划的陷害阴谋。那一日,部里来法律系审计的人刚走,以为没事了,忽然又听到反贪局立案调查的消息。在善良的人无法想象的卑劣和残忍面前,我目瞪口呆,但已知道自己在劫难逃。那一夜,我彻夜未眠。第二天我站在讲台上,面容憔悴,眼圈发黑,嘴唇干裂,嗓音嘶哑。我奋力讲着讲着,忽然想起都德的“最后一课”,顿时觉得台下的学生注视我的目光是那么可爱,面前落满粉笔灰的课桌是那么亲切!我的鼻子有些发酸,泪水在眼眶里打转。我想:如果眼下的一切都像噩梦一样过去了,如果我又可以站在这里给我的学生们讲课了,我该是多么的幸福!后来,噩梦真的过去了,我也真的从此远离官场,远离那些蝇营狗苟之辈,怀抱着自己的学问和信念,一心一意地在三尺讲台上追寻自己的梦想。而那堂刻骨铭心的“最后一课”,像一盏指路明灯,像一块警示红牌,永永远远地向我提示着生活的某种真谛!

北大的未名湖有一种平和的睿智,北大的讲坛也有一种睿智的平和。在不经意间四处洋溢的自由开放的气息,自然而然地激发着人的性情和灵气。我好喜欢在晚上讲课和开讲座,尤其是在下雪的冬天,窗外大雪纷飞、冰天雪地,室内灯火辉煌、热气腾腾,偌大的报告厅挤满了年轻人,我向他们说我想说的话,我挥舞双手做我想做的动作,在他们的微笑和掌声中,永不餍足地品味着生命的甘露!

在网络上偶然看到的两则学生写的回忆故事深深地打动了我。一个是5年前发生的故事:一天傍晚,北京突降大雪,人民大学的几个男生无法骑自行车到北大听我讲课,改乘公共汽车,这可苦了其中一个严重晕车的同学。果然,仅仅坐了一站,那同学便吐得死去活来,只好下车,独自一人冒着大雪走路到北大。另一个是13年前发生的故事:一天晚上,我在西南政法大学教学楼给双学位班的学生上课,讲着讲着,突然停电,全楼一片漆黑。但我的声音没有丝毫停顿,在黑暗中像一股清泉一样继续平静地流淌。有人点燃了蜡烛,摇曳的烛光让学生们的眼睛和我的眼睛闪烁着星星一样的点点光亮。

没有了羞涩,也没有了腼腆,但我知道自己依然是不善言辞的。训练了二十多年,在演讲中,我仍然无法学会用信手拈来的名人名著和箴言警句去炫耀自己的学识,仍然无法学会用机智的幽默和精巧的调侃去哗众取宠。二十多年前第一次讲演时精心构置的“抖包袱”的技巧,最终也未

IV 民法思维之展开

能发扬光大。我唯一能够选择的,是用我的头脑和心去演讲,而河北省法院一位听过我的课的学生对另一位即将到北大学习的同事讲的一番话,是我迄今为止最喜欢的对我的表扬。他对他说:你一定得去听尹老师的课!你会看到这样一位老师:他在课堂上对你说话,两眼闪闪发光,他一边说着什么,一边充满激情地向你伸出双手,好像一个小孩,向来访的客人展示他最最心爱的玩具!

在北大,在清华,在人大,在政法大学,在其他任何一所大学,在其他任何一个地方,当我站在讲台上,面对我的学生,面对我的听众,伸出我的双手,捧出我的思想和激情,我知道:这就是我的生活,这就是我的幸福!

尹田

2007年10月13日于洛杉矶

目 录

○ 再版序言 1

○ 演讲是一种幸福(代序) 1

第一辑 民法思维方法的运用

○ 概念与推理——民法思维方法之检讨 3

○ 物权与债权的区分——德国民法思维方法的典范 30

○ 民法概念的理解和运用 62

○ 不公正胜于无秩序——利益冲突的法律衡量 74

第二辑 人格权本质的理论思路

○ 民法典体系争议及人格权的本质 93

○ 人格权本质的再思考——我为什么反对人格权独立成编? 109

○ 人格权的本质及其立法模式 138

○ 民法典的人文精神 156

第三辑 物权法的立法思考与法律运用

○ 物权法三大原则的命运 185

○ 物权立法的新进展 247

○ 国家财产在物权法上的地位 291

○ 物权法平等保护穷人与富人的财产的法理依据 323

○ 《物权法》的得与失 329

○ 物权公示原则的理解和适用 352

○ 不动产登记：公法与私法的分界 367

○ 民法调整对象之争：从《民法通则》到《物权法》 374

○ 物权变动与债权设立相区分的原则及其运用 385

第四辑 民法典总则草案的立法评价

- 民法典总则草案立法评价之一：民法典总则的地位、一般规定、自然人 407
- 民法典总则草案立法评价之二：法人、法律行为、代理、时效 425
- 后记 445

第一辑 民法思维方法的运用

独立性就是把一个茶杯看成两个茶杯；
无因性就是把一个茶杯看成
两个茶杯；无因性就是一个茶杯，
摔碎了，另一个茶杯完好，
无损。

『独立性』就是把一个茶杯看成两个茶杯；『无因性』就是一个茶杯摔碎了，另一个茶杯完好无损。

概念与推理

——民法思维方法之检讨

主讲人：尹田教授

主持人：李富成（法学博士，中国人民大学法学院博士后研究人员）

刘经靖（中国人民大学法学院博士研究生）

时 间：2004年12月20日

地 点：中国人民大学明德楼501室

主持人：

大家好！欢迎同学们继续关注我们的前沿论坛。

今天晚上我们非常荣幸地邀请到了北京大学法学院教授、中国法学会民法学研究会副会长尹田老师。同时，参加今天论坛的还有德恒律师事务所的朋友们，我们对他们的到来表示欢迎。（掌声）

关于尹田老师，我想就不用多作介绍了。尹田老师是我国当代著名的民法学家，在民法学的各个领域都有着非常深厚的造诣。尹田老师的学术研究风格非常鲜明，可以说既融入了德国学派的严谨，又洋溢着法国学派的浪漫，同时，对中国的现实问题又有着非常深刻的关注。

今天尹田老师的演讲题目是“概念与推理——民法思维方法之检讨”。这个题目属于法学方法论的范畴。下面让我们用热烈的掌声欢迎尹老师作精彩的讲座。（掌声）

尹田教授：

各位同学，晚上好！

今天和大家交流的题目似乎是一个方法论的问题。但我不会更多地去阐述法哲学的方法论，虽然方法论的问题是非常重要的。我一贯认为，方法论的问题相当于语言学中的语法。语法非常重要，但语法不是目的，语言才是我们的目的。说话、写文章都是对语言的运用，一些没有学过语法的人也可以成为演说家，甚至成为作家。但是，如果对语言的规则仅仅是一种感性认识而没有上升为理性，如果只会说话、写文章，但从来都不知道语法，那么，语言表达的准确度、逻辑性等各方面肯定会受到非常大的影响。所以，学习语法是必要的。但是，语法的问题又无法完全从语言表达的本身去学习，因此，有时候可能会发生一种很奇怪的现象：研究语言的专家可能是一个说话结结巴巴的人，因为他太受语言规则的约束，反倒成了语法的奴隶。所以，我觉得这里有一个寻求平衡的问题。就法学方法论而言，我拥有的知识不多，也不擅长方法论问题的研究，我想这应当是法哲学家们去完成的任务。但今天的演讲为什么给大家选择这个题目呢？这是源于我近几年学习和研究民法过程中所获得的一些感悟。我把这些感悟讲出来和大家分享，不管它们是不是能够被称为“方法论”，但这些想法或多或少与民法的思维方法有关，如果能够给大家一些启迪，我就非常非常开心了。

中国民法理论研究进步非常快，它的成熟和水平的提升都是有目共睹的，但是仍然有很多问题没能解决，中国民法的理论体系仍然没有真正、完全地建立起来。我们相当多的学者都形成了自己的研究风格，或者说自己的理论体系，但如果想要进一步提升理论研究水平，我们还要做一些什么工作呢？这个时候，方法论的问题就有可能被提出来，也就是说，当人们学会说话、学会写文章之后，对语法理性的认识也许会促进口语或者文字表达水平的提升。法学作为一门科学也和其他科学一样，都必然会采用某种特有的思维方式。特别是在1900年《德国民法典》产生以后，民法学走向了科学化和技术化。而我们在主要继承了大陆法中的德国民法理论的同时，也继承了他们的思维方式。但是，对于德国法理论的思维方式我们究竟了解多少呢？《德国民法典》的历史贡献主要是什么呢？这部法典为什么会成为一块里程碑呢？其实德国民法在民法的实质精神方面，比起法国民法基本上没有什么贡献，在某些方面可能还有些退步。但是德国民法的过人之处就在于德国学者把自然科学的研究方法、自然科

学的思维方式成体系地引入了民法学,使得民法理论成为一个高度技术化的产品,使得民法的思维获得了一种理性的观念,可以去表达,可以去把握。因此,我们认为《德国民法典》的贡献在于技术上,在于在一定方法的指导之下采取了一定的思维方式,然后创造出一系列民法理论和立法上的成果,建立了一系列崭新的制度。

我们可以把德国民法的思维方式称为“法律的形式理性思维”。这种思维方式大量运用了抽象、概括的方法。它通过对生活事实的抽象,通过归纳提炼而形成概念,用概念作为思维工具和表达基础。这种思维方式后来被批评者戏称为“概念法学”的原因,实际上就在于它的基础是经过抽象归纳而形成概念。他们把概念与概念相互联结,形成规范。然后把规范与规范按照一定的逻辑结构,协调平衡地、一层一层地按照不同的位阶搭建起来,构成一个体系。当这个体系达到完整程度的时候,就形成一部高度技术化的法典。这就是德国法的基本操作方式。因此,德国民法的思维方式,总结起来可能是:

第一,概念是一个基础,而整个思维的运行采取的实际上就是自然科学的基本方法,即形式逻辑推理的方法。以法国法和德国法为代表的的大陆法,在整个法律表达的过程中都充满了抽象思维。这种抽象思维是一种方法,它和我们所面对的生活现象实际上是存在距离的。这种方法的学习是最基本的一种思维模式的训练,我们在获取民法知识的同时,实际上也是在学习这种方法。但我们的这种抽象思维能力还不够强大,突出表现为我们还不能完全掌握这种抽象方法,因此在理解一些抽象出来的法律上的概念或现象时会感到非常吃力。其中比较有代表性的就是对物权行为这种法律现象的理解。

物权行为本身其实就是一个概念,被用来描述法律上的一种现象,一个法律事实。这个概念的形成,是对实际生活的一种观察、一种提炼和一种抽象。这里要注意的是,所有经过抽象而形成的事物和被抽象的文本,即被用于抽象的社会对象本身之间,肯定会出现差异。在理解物权行为这个理论的时候,中国民法学界的认识十分混乱,大家各执一词,不能互相交流,究其原因就在于物权行为是个高度抽象的概念,理解起来比较吃力,较易产生差异。所以,对于物权行为,整个争论的焦点可能一开始就是错误的或者错位的。这表现为:反对物权行为理论的学者最强大的攻击武器是:“物权行为这个事实在生活中不存在,生活中只存在一个买卖行为,买卖契约是可见的,但是物权契约在哪里?”基于这种认识,一些人

就批评物权行为理论脱离生活,等等。而支持物权行为理论的学者则提出相反的观点:“哪里没有物权行为啊?物权行为就客观存在于社会生活之中!”为此,他们就从生活事实中去寻找物权行为的存在。他们会指出,物权行为在生活中的实际表现,最显而易见就是一个人抛弃财产。当人们抛弃财产的时候,物权变动就发生了,这怎么不是物权行为呢?但这没有说服力,因为物权行为理论主要不是用来解释或者解决放弃权利、抛弃财产等单方行为的,它所要解释或者解决的是交易关系。因此,关键在于如何在买卖关系中描述物权行为。印象中,包括王泽鉴先生在内的许多学者似乎都认为物权行为本身就是一种客观存在。例如,两个人在签订房屋买卖合同之后,一起到房屋登记机关去办理登记,在这时,被认为他们之间实际上达成了一个新的合意,那就是通过办理过户登记来变动房屋所有权。台湾地区的立法甚至还专门要求,除了签订房屋买卖合同之外,在办理登记之前,买卖双方还要签订一个愿意登记的协议。很多人可能觉得这有点多此一举,但是这样一来,物权行为就能看得见了。其实我觉得,不论反对还是赞成物权行为的观点,两方的立足点都有问题,这就是,他们似乎并不完全懂得抽象观察与客观实际之间的关系,不能正确理解抽象的结果与被抽象的事物之间的差异,总是认为必须用生活中的现实情形来对照经过抽象而成的法律现象。我认为,这是一个方法上的错误。

在《物权行为理论评析》一文中,我就指出了这点。我认为,争论双方的基本立足点都是错误的,物权行为是一种对生活事实的高度抽象,绝对不能用生活事实中的原型、原貌相对照。物权行为不是生活事实,而是法学家采用抽象方法描绘出来的法律现象,在生活事实的原貌中有可能是找不到物权行为的。我们不能因为找不到一个法律现象在实际生活中的比照对象,就否认这种现象在法律上存在的价值。这就像毕加索的抽象派绘画一样,不管是物品还是人物肖像,都有可能难以和实际生活中客观存在的物品和人物的原貌相对照,但不能就此否认毕加索绘画的艺术价值和存在的合理性。抽象能力和理解抽象的能力的不够,导致我们在理解很多问题的时候没有完全把握住真谛。比如说法人制度。对于法人问题,之所以存在一系列的误区,根本原因有可能就在于一些人不是把法人作为一个抽象的法律现象来对待,而总是千方百计地要用生活中客观存在的、实实在在的事物去对照。所以,有一些学者似乎并不太能理解什么是抽象人格,非得要让法人在各个方面都具备自然人所拥有的一切不可,除了我们没有办法给它的东西,比如生命、身体、健康之外,千方百计地把

自然人拥有的一切都给予法人,恨不得把法人说成是一个有血有肉的人,才能了却心愿。这是为什么呢?因为在他们看来,只有这样,法人好像才能成为一个真正的主体,一个真正的人,这样才能满足他们具体思维的要求而不是抽象思维的要求。类似的很多纷争,都反映出我们的抽象能力明显不足。

第二,理论界发生的很多纷争,实际上在许多时候都是对学术资源的浪费,是一些无益的论战。原因是什么呢?是法学家相互之间缺少交流的平台,而这个平台是交流的基础。在人的思维方式中,概念是基础,是基本的工具,逻辑推理则是一种基本的思维方式,而在整个逻辑推理过程中,概念是前提,是进行推理的基础。例如,在运用逻辑推理的方式进行某个结论的论证时,大家的结论可能会不一样。为什么会出现这种结果呢?问题往往不是出在逻辑推理的方法,因为对于三段论的形式逻辑推理基本模式,一般人还是能够掌握的,问题有可能出在用来进行逻辑推理的前提不统一。前提不统一的原因就在于概念不统一,这样就没有办法对最后的结论进行检验、交流和相互理解。如果这种状态在法学研究过程中持续下去,法学理论的研究就没有办法正常并且有效率地进行。而某些似是而非的知识的传播,将培养出一批拥有大量的法学知识但不知如何正确运用的所谓的法律人才。我们将有可能出现很多很多理论研究成果,但这些成果中的某些成果实际上是经不起科学方法检验的,其结论可能是错误的。这样一来,我们怎么能够取得进步,怎么能够超越他人,怎么能够实现中国民法的高水平发展呢?

这是我个人的一种体验、一种感觉,当然大家可能不同意,觉得尹老师在危言耸听,哪有这么严重,逻辑推理谁不懂?!但我们真懂吗?逻辑推理是基本的思维工具和方法,整个法学都是采用这样一种最基本的方式来进行思维活动的,这个大家都懂,但是我们掌握得如何?有没有一种辨认能力?能不能够自觉运用逻辑推理的方法辨认知识的真伪?如果我们没有自觉运用逻辑推理方法的能力,那么我们就有可能在所谓的“知识”、所谓的“公理”面前丧失判断力。没有独立思考的能力,实际上就是缺少辨认能力。对知识的辨认能力的缺乏,这不仅仅是学生的问题,首先更是学者的问题。为了证明我这个危言耸听的说法,我有时会在课堂上和我的学生做一个游戏。这个游戏很简单,要求学生马上回答我所提出的问题。现在我也和大家做这个游戏,大家必须马上回答。

基于合同关系之外的原因,某甲的财产被某乙非法占有,因此,某乙

依法应当承担向某甲返还非法占有的财产的责任。要求大家回答的问题是：

(1) 某乙依法应当向某甲承担的返还财产的责任是不是一种民事责任？（听众回答：是）

回答正确。我们怎么知道它是一种民事责任呢？因为听到这个提问，我们马上会调动所学的知识来分析它。现有知识告诉我们，法律责任大致可以分为刑事责任、民事责任、行政责任三类。非法占有某甲财产的某乙所承担的返还财产的责任肯定不是刑事责任，也肯定不是行政责任，于是，我们用排除的方法即可迅速得出一个结论：它肯定是民事责任。

(2) 在民法上，民事责任主要被区分为两大类：一是合同责任；二是侵权责任。现在请回答：某乙依法应当向某甲承担的返还财产的民事责任，属于合同责任还是侵权责任？（听众回答：侵权责任）

回答似乎应当是正确的，因为当事人之间不存在合同关系。

(3) 请继续回答：某乙依法应当向某甲承担返还财产的侵权责任，应当适用侵权责任的哪一个归责原则？请大家注意，过错责任原则是侵权责任的一般归责原则，无过错责任原则是在法律有明文规定的情况下才适用的一种特殊的侵权责任归责原则，所谓“公平责任”我们在这里不展开讨论。（听众回答：过错责任）

回答似乎应当是正确的，因为民法上有关适用无过错责任的特殊侵权责任中，并不包括返还财产的侵权责任。

下面让我们来检验一下以上结论。

根据大家的回答，我们已经得出这样一个结论：某甲的财产被某乙非法占有，某乙是否依法应当承担向某甲返还非法占有的财产的侵权责任，必须取决于某乙是否具有过错，有过错就返还财产，无过错就不返还。但是这个结论对吗？假如某乙无过错，就不应当承担返还责任，是这样吗？当然不是！直觉告诉我们，一个人非法占有他人财产，无论是否有过错，财产总是需要返还的吧！当然，某乙可能是基于偷抢之类的过错行为非法占有某甲的财产，但是也不能排除某乙非法占有某甲的财产可能不是基于一种过错行为，也许是由于不可抗力，也许是由于意外事件，也许是由于他人实施的某种行为，在这种情况下，如果某乙没有过错，难道可以不返还占有的财产了吗？当然，权利人可以根据不当得利的规则请求其返还，但是权利人能不能根据侵权责任请求其返还财产呢？按照刚才的推论，我们似乎不能追究占有人的返还财产的侵权责任，是这样吗？好像

不对。侵权责任中的返还财产的责任,返还的就是非法占有的他人财产。问题出在什么地方呢?当我们在说到侵权责任的归责原则的时候,我们当然知道过错责任是侵权法的一般归责原则,除了高度危险作业等特殊侵权责任之外,都应当适用这个原则,这就是现有的知识告诉我们的。但无论如何,有一点我们是不可接受的,那就是返还财产这种侵权责任也要以占有人有过错为条件。当然,如果说只是有过错而占有他人财产的才叫做非法占有,没有过错非法占有他人财产就不叫非法占有的话,只能是另外一种讨论方式,是重新对非法占有作了另外一个定义。这里自然也可以考虑到不当得利,但是不当得利在实际运用的时候,经常是和其他的责任发生竞合的,非法占有他人财产,占有人既构成返还财产的侵权责任,同时也构成返还不当得利的责任或者其他的责任。而我们现在所要解决的问题是:既有理论告诉我们,当事人承担返还财产的侵权责任必须具有过错,而常识告诉我们,这一结论是明显错误的。

我认为,这个问题的产生是由于我们在学习和接受既有侵权责任理论的时候,对于侵权责任的一般归责原则是否真的可以适用于排除妨害、返还财产以及人格侵权所发生的赔礼道歉、恢复名誉这样一些责任的问题,缺乏辨认和分析的能力。而通过对某些侵权责任理论在实际运用中的逻辑检验,我们有可能发现既有侵权法理论在侵权责任的某些基本概念的解释上,出了问题。

下面我就结合一些具体的问题,试着对现有的某些知识和理论上公认的某些结论进行逻辑推理方法的检验,看看我们是不是在思维方法上存在某些缺陷。

一、关于民事责任

大家知道,侵权责任只是民事责任中的一种,侵权责任在民法典中应否独立成编,是我国民法典起草中的重大争议问题。那么,为什么侵权责任要独立成编,而不是民事责任独立成编呢?其实,早在1986年的《民法通则》中,民事责任就已经独立成编了。《民法通则》把民事责任作为一个独立的制度来看待,把侵权责任和违约责任并合在一起单章加以规定。在此之后,一般的民法教科书也是把民事责任作为一个独立的篇章(基本上都是列在教科书最后一章)加以论述。但后来这个技术处理发生了变

化,主要是源于如果将违约责任和侵权责任并合在一起列入民事责任部分,在学习上和法律适用上都非常不方便。这是因为,在合同法中规定合同的各种问题,同时又在另外一个篇章也就是民事责任中规定违约责任问题,这就将同一事物人为地割裂为两部分,当然会带来极大的不便。因此,民事责任独立的、成体系的这种阐述在民法教科书中就渐渐被取消了,违约责任回到了合同法,而侵权责任则留了下来,并且迅速地发展成为一个独立的理论系统,最终形成了侵权法的理论体系。在我国民法典的起草过程中,侵权法独立成编的要求也就自然被提了出来,并最终为官方的民法典草案所采纳。

关于侵权法是否应当独立成编问题,存在一些争论,但争论实际上并不是非常激烈,反对意见也并不很成体系。我本人对此没有发表过意见,但也有一些并不成熟的思考。我觉得侵权法独立成编肯定有其好处,例如,可以强调权利保护的手段,强调对违法行为的制裁惩罚功能,同时,侵权责任的条款单独规定,可以显得非常明确,便于查找,法律适用上肯定有其比较方便的一面。但是我始终有一点担心,那就是一个方法上的问题。

德国民法的理论及其立法是非常强调技术性和逻辑性的。德国民法理论的逻辑起点和体系建构的基石是权利,整个德国民法体系的出发点就在于权利的确认、权利的救济,这也是整个大陆法系民法的基本特点,所以我们才说民法是权利法,是私权的保护法。由于民事权利是人所享有的,而人对权利可以处分、可以根据自己的意志自由地支配,因此,民法是“任意法”。民法赋予当事人意志自由,权利为它的逻辑起点,民法的本质由此而得以展示。德国民法通过对权利的观察,运用抽象的方法将各种权利类型化,并且发现了和权利相对应的义务。在此基础上,德国人提出了这样一个重要的命题:有权利就必然存在相对应的义务。后来的分析证明,这个命题在实体权利方面基本上是可以成立的。债权相对应的义务就是债务,但是物权或者所有权相对应的义务是什么呢?在这里,德国民法理论通过抽象的方法发现了权利人之外的一切人的消极的一般义务,并对其进行了阐释。而权利由一个人享有,义务由另外一个人或者另外一些人承担,这时,双方之间就形成了一种相互关系,这种双方主体之间以权利义务为内容的关系被称为“法律关系”。据此,德国民法建立了法律关系的一般理论。

法律关系是由三个要素即主体、内容和客体构成的,是以法律事实作

为根据而产生、变更、消灭的。整个德国民法理论展开的起点就是权利，或者说就是权利义务关系、法律关系。民法的总则就是关于法律关系或者权利的一般规则，分则就是关于各种具体权利或者具体法律关系的具体规则。因此，德国民法大体上以法律关系要素的分解为基础建立了总则体系，同时，以权利为基石建立了整个分则体系：德国民法首先把权利予以类型化，区分出了物权和债权，找到了财产权的两个基本类型（那个时候还没有出现类型化的知识产权），在分则里，第一个规定债权，第二个规定物权，第三个规定亲属权利，包括继承权。就这样，整个德国民法以权利为出发点，建立起它的理论体系和规范体系，或者说是法典体系。

反观中国民法典的起草，中国的民法理论也是以权利或者法律关系为基点的，因此，民法典的分则应当是对各种类型化的权利的具体规定。如果要在民法典分则中加进独立成编的侵权责任，可能出现的问题就是，加进来的侵权责任编和原来整个分则体系的逻辑起点是不一样的，会发生根本性的移位：其他的制度都是以“权利”为出发点而展开的，而侵权责任制度则是以“责任”作为基点建立的。这种安排也不是绝对不可以，但问题在于，如果原有的体系中已经把侵权责任作了一种至少在逻辑上比较妥当的安排的话，在分则中再加进独立的侵权责任编，就会使原来的逻辑整体结构产生一种混乱。如果不协调和处理好这种混乱，就有可能导致理论上和立法上某些问题的出现。这一问题的严重性有可能还没有被我们完全认识。

现在的问题是，侵权责任的规范在原有的民法典体系中并不是独立存在的，但是，侵权责任的规则不独立存在并不等于侵权责任的问题在原有的法律体系中没有得到解决。必须指出，侵权责任规则在原有体系中已经得到了解决，只不过德国民法是从权利的角度出发去解决的。实际上，同一个事实、同一种生活现象或者法律现象，如果采用不同的逻辑起点予以观察，也就是如果观察的角度不一样，那么，人们所看到的事物以及所得出的结论，也会是不一样的。比如，张三把李四打伤了，张三应当向李四赔偿医疗费用，这是一个生活事实，而张三应当向李四赔偿的效果也是法律上安排好了的。但现在让我们来回答一个问题：张三依法应向李四赔偿医疗费用，这是一种什么样的法律后果？如果从权利的角度来观察这样一种现象，我们会发现，李四有权利向张三要求赔偿，这意味着一项权利产生了，同时也就产生了与之相对应的义务，那就是张三应当满足李四要求赔偿的请求。这时我们就发现了一个法律关系，也就是通过

对权利的归类,可以确定李四要求张三赔偿的权利属于债权,张三和李四之间发生了债权债务关系。但如果我们转变观察角度,也就是换成从责任的角度出发,我们就会发现,张三打伤李四会产生一个责任,也就是张三向李四承担的赔偿责任。那么,张三向李四赔偿究竟是一个债务呢?还是一个责任呢?这就表现了对问题分析的角度不同,结论也就有可能不同:如果以权利作为出发点,则张三向李四进行赔偿就是一个债务关系,但如果以责任作为出发点,那么张三向李四的赔偿就是一种责任。

而德国民法从权利的角度出发,把侵权责任的相关问题都放入有关规则的体系中加以解决了。侵权责任的规则在权利体系中是怎样得到解决的呢?

现在首先让我们审视侵权责任的既有定义:侵权责任是对当事人侵害绝对权而应承担的责任(合同责任之外的责任),包括停止侵害、排除妨害、返还财产、恢复原状、赔偿损失以及赔礼道歉、恢复名誉、消除影响等。下面我按自己的理解进行具体分析:

1. 停止侵害

停止侵害在法国法和德国法体系中不是一种实体法上的责任,也不表现为一个民事权利义务关系。实际上,停止侵害应该放在诉讼程序中,作为一种诉权并且作为一种司法决定来加以表现。也就是说,对于实际存在而且持续进行的侵害,受害人如果要寻求法律救济,他应当可以不经一般的诉讼程序就立即获得保护。所以,对于当下持续进行的损害,法律可以通过规定紧急审理或者其他相似程序加以及时处理:法官对案件的其他情况统统不予考虑,首先作出一个紧急命令或者裁定,就是停止侵害。这种决定或者裁定的性质,与起诉之前或者诉讼中,法官根据债权人对有争议的财产或者债务人可能要转移的财产申请司法扣押时作出的裁定完全相同。而债权人申请司法扣押的权利是诉讼中的一种权利,法律并没有将其作为一种实体权利来对待。这是侵权责任的第一种安排,这样做是出于效率的考虑,尽可能地降低侵害有可能带来的损失。

事实上,如果将停止侵害作为实体法上的侵权责任或者作为实体法上的请求权,将不利于受害人利益的保护:在冗长的诉讼结束之后,才去判决责令侵权行为人承担停止侵害的责任,受害人的损失将会成倍地扩大。

2. 排除妨害和返还财产

这两个问题在德国民法的权利体系中是怎样解决的呢?德国民法规

定,在存在妨碍或者妨碍之虞的情况下,受害人可以要求排除妨害;在财产被非法占有的情况下,受害人可以要求返还财产。这两种请求权有如下特点:

(1)这两种请求权的产生不考虑妨害人和非法占有人的过错,当事人该不该排除妨害以及该不该返还财产不以过错为条件,是这两种权利或者责任产生的最重要的特点。为什么不考虑当事人的过错呢?这是因为,侵权责任归责原则中的所谓“过错责任”原则主要是适用于损害赔偿的。我们知道,在古代社会,损害赔偿实行加害责任原则或者结果责任原则,有损害就有责任。后来到《法国民法典》改为实行过错责任,这是一个历史性的重大进步。法国民法实行过错责任是有原因的:首先,损害赔偿对加害人来说是一个负担,是一种制裁和惩罚,而惩罚应当以加害人自身的过错为条件,其保护的更高价值就是人的自由。如果一个人在不能预见行为后果的情况下造成了别人的损害而让他承担赔偿责任的话,那就会限制他的行动自由,而一切人的正常活动、一切人的行动自由都被限制了,这个损害就太大了。其次,从人道主义出发,一个无辜的人非因自己的过错而对别人造成损害,如果仅凭损害后果的存在就对其进行制裁,是不人道的。无辜者不受罚。因此,近代民法实行过错责任原则。而返还财产只是把不属于自己的财产返还给所有权人,这不是对返还人的制裁或者惩罚,因而完全不涉及自由不自由的问题,不涉及人道不人道的问题。所以,返还财产自然就不可能是所谓过错归责原则适用的对象。同样,排除妨害对于妨害行为人也不意味着惩罚或者制裁,所以,当事人承担妨害排除的义务也无须具备主观上的过失。由此,过错责任原则只适用于损害赔偿。

(2)这两种请求权都不适用诉讼时效或者消灭时效,这是由它们的天然属性所决定的。在请求排除妨害的情形,妨害在不停地发生,呈现一种持续性状态,所以时效的起点没有办法计算,只要妨害存在,永远都是时效的起点。因此,排除妨害请求权当然不适用诉讼时效的规定。而返还财产为什么不适用诉讼时效呢?原因在于,对于非法占有财产的返还请求权的保护,法律还是有一定容忍度的,权利的行使不能无限期地拖延。为了解决这个问题,法律专门安排了取得时效制度,它主要针对的是财产被非法占有的情况。如果非法地、公开地、持续地、和平地、自主地占有他人财产达到法定的期限,而原所有权人没有行使要求返还的权利,非法占有人就依法取得了所有权,原权利人就丧失了所有权,自然也就丧失

了返还财产请求权。取得时效制度自然地解决了返还财产请求权的法律保护时限问题,所以,此种请求权就没有必要再另行适用消灭时效了。

(3)这两种请求权的目的是为了恢复物权的圆满状态,妨害排除了,财产返还了,物权也就恢复了,这是它们特有的一个作用。

基于上述几个特点,排除妨害和返还财产这两种请求权利就没有被安排在债权体系之中,而是将它们作为一种独立的权利安排在物权法里面,作为物权的一种特别的保护方法加以规定,这两种请求权被称为“物权请求权”,这就是物权请求权的来历。严格来讲,物权请求权性质上是一种债权,德国民法之所以没有把它规定在债权法里面而是规定到物权法里面,就是因为它们有一定的特性。

3. 恢复原状

恢复原状应当被看做是损害赔偿的一种特殊方式,所以应当将恢复原状和损害赔偿看成是性质相同的法律效果。例如,甲的房屋被乙开车撞坏了,是由乙赔钱让甲自行修缮呢?还是由乙出钱负责修复还原?实际上,两种情况下都需要乙出钱,结果上也就没有什么区别,只是方式上有点差别。而对于损害赔偿或者恢复原状,如果从权利义务的角度去观察,那就是一个债权债务关系。因此,原有体系就把它安排在债权法里面,作为债权关系产生的主要依据之一,即除了合同之债之外,损害赔偿(包括恢复原状)、无因管理、不当得利等所产生的请求权,都规定在债权的体系之中来加以解决。

4. 赔礼道歉、恢复名誉、消除影响

这几项民事责任都是后来才发展起来的,主要适用于人格权侵权的法律救济。我始终觉得,对于这样一些所谓“侵权责任”的性质,理论上还需要作一些研究。比如,赔礼道歉这样一种侵权责任,很难具有强制执行力,是不是一种法律责任很值得怀疑。如果一种责任没有强制执行力的话,那它就只是一个宣称,而不能强制实现。赔礼道歉作为一种法律责任是很特殊的:在侵害他人人格权的情况下,法院判令加害人公开赔礼道歉,如果加害人坚决不自动履行法院判决,受害人根本难以通过强制执行来实现其请求权。也就是说,如果赔礼道歉实际上没有强制执行的可能,还能说它是一种法律责任吗?这就需要我们重新考虑。赔礼道歉、恢复名誉、消除影响在大陆法系民法的原有权利体系中是没有具体规定的,但其立法安排也不是不可以解决的。我国有关侵权责任是否独立成编的争论中,就涉及这个问题。一些学者主张侵权责任应当独立成编的一个非

常重要的理由,就是前面所讲的财产方面的责任都可以在权利体系中以解决,唯独赔礼道歉、恢复名誉、消除影响如果不单独加以规定,在法律体系中就无法安排它们的位置。但这一问题其实也有另一种解决方法,只要我们不固守那些既有概念,不那么狭义地去理解固有概念的话,赔礼道歉等请求权可以被视为一种债权,完全可以规定在债权关系之中。对于债权,一般的理解都把它看成是一种给付,而且具有财产内容,因此,赔礼道歉等请求权好像不太符合债权的特征。但是,正如王泽鉴教授所主张的,债权也不一定仅仅局限于财产上的给付,赔礼道歉等也可以视为债权。

总而言之,在传统民法中,各种侵权后果在权利体系中根据请求权产生的不同情况,都分别在物权法、债权法中作了安排,这种安排是否完全合理暂且不论,问题在于,现在如果要把它独立出来,那就有可能要犯一个错误,这就是,我国既有的侵权责任理论,实际上是在损害赔偿责任理论的基础之上扩展而成的,它的核心仍然是损害赔偿,有关侵权责任的构成要件以及归责原则等,全部是围绕损害赔偿责任建立起来的,而损害赔偿有其自身的特性。我们的学者在建立这样一个新兴的、内容上被大大扩张了的侵权责任体系的时候,如果事实上是把责任构成要件、归责原则等本来仅仅适用于损害赔偿的规则扩张适用于损害赔偿之外的其他所谓的“侵权责任”,同时对此又不加以恰当的解释,不解决各种不同的侵权责任因其各自的特殊性而产生的规则适用上的区别问题,也不想办法去平衡有关规则之间的相互冲突,那么,最后就有可能造成法律适用上的混乱。这个问题已在其他一些方面表现出来,比如知识产权法的学者就不断指出,侵权责任规定的一些原则并不能够完全适用于知识产权的侵权,专利法、商标法的保护方法和侵权法上规定的并不一样,赔偿方式也是很不相同的。因果关系怎么认定?过错责任原则怎么实行?恐怕都要仔细考虑。与此同时,人格侵权实际上也是不完全适用以损害赔偿为核心建立起来的一整套侵权法规则(包括过错责任原则、责任构成要件)的。很多学者认为,人格权的侵权行为不宜规定在侵权法里面,而应当作为人格权请求权另外规定。可见,人格侵权也有一个脱离侵权责任的趋势。那么,当人格侵权脱离了侵权法,物权请求权脱离了侵权法,剩下的侵权责任实际上就只有一种了,那就是损害赔偿。所以,我们应进行理论检讨,侵权责任理论的建立必须考虑这些不同的侵权责任相互之间的逻辑关系。如果仅仅是把一堆侵犯绝对权的、合同责任之外的、分散的、各自

特征和构成条件不一样的责任拼合在一起,从而就宣称侵权法理论体系大功告成的话,至少是不太负责任的。

从实质上看,如果找不到各种具体的侵权责任的某些共同准则,侵权责任的系统就缺乏黏合剂。过去我们用归责原则统帅侵权责任,但是事实证明,归责原则除了当然适用于损害赔偿之外,在其他侵权责任的适用上都会遇到麻烦,因为它原本并不是为其他责任所准备的。应当看到,我国民法典草案把侵权责任独立成编了,独立成编之后,该编的第一章就是一般规定,而在一般规定中,有两条规定是相互连接的:一是侵权责任包括的形式,就是上面谈到的返还财产、停止侵害等这样一些责任形式;第二是规定了一般归责原则,即承担侵权责任一般适用过错责任原则,法律有明文规定的情形适用无过错责任原则。这两条规定一旦连接起来,在逻辑上就必然要发生如下效果:凡是要承担前面所列举的侵权责任的,如果法律没有规定适用无过错责任原则的话,那就一律适用过错责任原则。而我们已经知道,所列举规定的8种侵权责任中,大部分都不适用过错责任原则。在诉讼中,当事人可能就会引用无过错来作为承担责任的一个抗辩,而侵权责任的条文就是这样规定的,要承担侵权责任就必须要有过错。如此一来,法律的适用就会出现极大的麻烦,特别是前面已经谈到的物权请求权那两项(排除妨害和返还财产)。因此,我们需要重新检查“侵权责任”这个概念的来源。侵权责任这个概念和它的体系不是大陆法系民法所固有的,是借鉴英美侵权法理论而逐渐发展起来的。发展起来的东西能不能用,有没有问题,是需要经过检验的。而检验就要针对这样一些制度、一些结论的思维过程,特别需要检验它的逻辑前提。很显然,关于侵权责任是否应当独立成编的争论还将继续,我觉得,除了在现有的角度进行争议之外,大家还应当从基础的工作做起,搞清楚侵权责任概念和体系的来源,搞清楚相关概念(过错责任原则等)的含义和适用范围。如果这些问题都不清楚的话,那我们的工作就完全没有做好,侵权责任独立成编也就无法成为一个科学的选择。

二、人格与人格权

这个问题已经提出来很长时间了,下面结合它的概念和推理的问题来谈谈我的一些想法。

人格权在民法典中是否应当独立成编,是中国民法典体系安排中的第二个重大争议问题。主张人格权应当独立成编的人往往都是研究侵权法的学者,因为侵权法如果要独立成编的话,那就必然要求人格权独立成编。为什么呢?因为所谓的侵权法或者侵权责任,其赖以形成的基础或者内容最丰富的部分并不是财产侵权,财产上的损害赔偿相对比较简单,真正丰富的内容是在人格侵权部分。因此,如果人格权不在民法典中独立成编、各种具体人格权没有类型化的话,侵权法就缺少一个规则上的对应。也就是说,如果人格权不独立成编,侵权法保护的对象(各种具体的人格权)可能就找不到表现的基础。下面我就具体谈一谈这个问题。

如果将人格权看成是一种民事权利,那么,人格权本来就是一种独立的民事权利类型。既然如此,将人格权在民法典中独立成编加以规定,完全符合民法典以权利为起点的体系安排的逻辑结构,不会打乱原来的逻辑体系。所以,人格权独立成编这个主张在整个立法过程中几乎没有遇到真正的对手,基本上不存在反对的力量。

在我的印象中,只有一位学者提出了反对意见,那就是梁慧星教授。梁教授提出反对意见的理由主要有两个:第一个理由是,他发现人格权和其他民事权利有很大差异,人格权是一种法定权利,人人生而有之,不需要权利人参加民事活动而取得,它的存在和权利人的意志没有关系,而其他民事权利基本上都产生于民事活动。所以,梁教授就认为,既然人格权和自然人没有办法分开,那么,在规定人格权的时候为什么要把它和自然人分开呢?第二个理由是,人格权的条文会非常少,因为它没有取得、变更、转让和消灭等一系列其他民事权利有可能发生的复杂情况。某种规则在民法典中的独立成编,应该具有一定的数量或者规模,几个条文独立成一编,相较于都是几百个条文的其他几编,形式上很不协调。所以,从形式上考虑也不应将人格权单独成编。但这样的反对理由显得比较单薄。其实梁教授已经发现了一个非常重要的事实真相,但是这个事实真相用这样的方式来表达,说服力较小,因为别人马上会进行反击:既然人格权是民事权利的一种类型,人格权保护又最为重要,那么就要强调它,条文的多与少不应当成为应否让其独立成编的理由。对于这个问题,我一开始就觉得,体系的安排方式可以由立法者主动选择,没有什么绝对的行或者不行。所以起初我本人对于人格权是否应当独立成编的讨论不太感兴趣。但是,后来我却被深深卷入这场论战并且成为一个有可能是最为极端的反对派。这其中有两个原因,一个是动机,一个是方法。

就动机而言,完全来源于我在撰写民法典学者建议稿过程中的一种触动。受全国人大常委会法工委委托,由梁慧星教授负责民法典草案学者建议稿总则的编纂,王利明教授组织起草侵权法和人格权编,允许各人按照自己的体系来编纂。梁教授分配我承担的任务是撰写自然人和法人两章。梁教授是反对人格权独立成编的,因此在梁慧星教授的体系中,人格权被安排写在自然人一章里,所以,人格权这部分的撰写任务也就落到了我的头上。鉴于人格权非常非常重要,我当然想把这部分写得非常好、非常丰满,但是动笔的时候却发现遇到了很大的障碍:首先,很多人格权利根本就没有办法定义。人格权部分只能写人格权本身,而不能写人格权受到侵害以后怎么去赔偿,因为那是侵权责任部分的任务。而我动笔的时候,第一个要写的人格权就是生命权,我的任务就是要写清楚生命权是什么,生命权包括哪些具体的权利内容,但是我发现我完成不了。因为我无法给生命权定义,我最后写了这么一句:“人的生命受法律保护。”(笑)写出来以后觉得不好,因为这句话虽然是对的,但是它并没有说明什么是生命权,于是我便增加写上一句:“禁止任何人非法剥夺他人生命。”(大笑)写出来以后发现第二句话是废话,应该删掉。最后,有关生命权的条文只剩下一句话:“人的生命受法律保护。”我觉得很奇怪,其他的民事权利一般都可以非常方便地给出定义,唯独像生命权、健康权、身体权等,根本无法直接说出它是一种什么权利,这就是人格权很特殊的地方。但真正触动我的是:人的生命受法律保护这样一件最为重要的事,竟然会由一个学者在起草民法典建议稿的时候提出来!人的生命是一切权利的基础,人的自由、安全、人格尊严、财产权利等,都必须依赖于生命本身,而规定生命受法律保护这样一件事情,是一个民法的立法者能决定的吗?是民法所能决定的吗?这件事情好像不应当由民法来做,民法只是一个部门法,而生命权则太基本、太重大了。

关于人格权是否应当独立成编,光凭感觉是不能说明问题的,必须首先弄清楚人格权的概念,然后借用这个概念进行推理。因此,我整个的研究工作不过就是试图弄清楚两个概念:一个概念是人格,另一个概念是人格权。

1. 人格是什么?

人格这个概念众所周知,但是重新审视它的时候,结果令我大吃一惊:在现行理论中,人格这个概念本身是存在问题的,它是不准确的。人格概念始于罗马法,罗马法上的人格实际上指的是三种身份的结合,即具

有自由民、家父、罗马市民这三种身份。一个人要具有这三种身份才具有一般的法律地位。一般的法律地位叫什么呢？罗马法采用了拉丁语中的一个词，这个词的本来含义是“面具”，用“面具”这个词作为辨认一个人有没有罗马法上一般法律地位的工具，这个“面具”就被称之为人格。因而，人格就是一个“面具”，谁戴上这个面具，谁就具有一般法律上的地位。而人要戴上这个面具，就得必须同时具备三种身份，如果其中某个身份出现问题的话，人格就要减等。因此，罗马法上的人格不仅仅是一个主体资格，它也是一个实实在在的权利群，是身份权利，包含了许许多多各个方面的基本权利。后来人们在理解人格的时候将其阐述为一种资格，这完全是对人格的误解。在罗马法以后，人格这种理论就不存在了，人格作为区分人与人之间不平等地位的工具，在近代民法上是完全没有价值的。所以，法国民法的理论和立法根本就不可能借鉴罗马法上的人格理论，因为近代社会实行人人平等，人们不需要通过戴上“人格”这个面具来相互区别，这就是人格理论在法律上死亡的一个现实。

那么，什么时候“人格”又死而复生了呢？研究一下资料就会发现，是德国民法理论从罗马法上把“人格”引进来，其引入的目的不过就是为了塑造团体的法律地位。在创设法人制度的时候，法律上需要用面具来辨认和标明哪些团体具有法律地位，而这个面具正好就是人格。我研究的结论就是：德国民法对罗马法上的“人格”的拿来主义，是为了满足法律技术上的一种需求，是为了创设法人制度。这种结论是在分析和推理的基础上形成的，所有的推理见诸历史的事实和法律上的一些具体表现。所以，人格这个概念，在法国民法上没有，德国民法上也没有。德国民法上只有另外一个概念，这个概念就是权利能力，它被创设出来表示一个自然人或者一个团体的主体资格。这就是事实的真相。但是后来人格这个概念在我们的民法理论中发生了变异，我把它称为“两化”：一是私法化。人格本来是一个公法上的概念，我们却把它作为民法上独有的概念来使用，这种理论上不断错误的阐述，导致“人格就是民法上的一种法律资格”这样一个结论的形成。二是空壳化。人格本来是人的基本法律地位，这个地位是由一系列基本权利构成的，也就是说，人格是权利构成的结果而非取得权利的一种资格。但是，我们逐渐把权利能力和人格混同起来，人格仅仅变成一种资格，人格的内涵被掏空了，所以称之为空壳化。这一系列分析过程的目的都是为了弄清人格的概念应当是什么。其实人格真正的含义在现代民法中丢失了。

在人格概念变异的过程中,存在一种概念上的混淆,那就是没有正确地区别自然人人格与法人人格。在我们的理论中,这两种人格被视为同一的,这两个概念被认为是一样的,这实际上是一个天大的错误。按照上面的分析,自然人的人格指的就是自然人的一般法律地位,是自然人在公法上或者一般法律上的地位,按照我的理解,这个人格实际上有三个构成要素,缺一不可:第一个是伦理要素,涉及生命、健康、身体等这样一些伦理利益;第二个是政治要素,涉及大量的人的自由权;第三个是财产要素,这个财产指的是广义上的财产,是一种抽象的财产,是人的一种基本物质生存状态。所以,什么财产都没有的人,绝对没有人格。在强制执行法上,强制执行一个人的财产是有限度的,必须给他留下生活的必需品,这留下的一点点财产,就是将其当做人来对待的证明。总而言之,自然人人格是由权利构成的,它的内容非常丰富。而法人的人格是什么呢?法人的人格就是一个民事主体资格,尤其是,它仅仅是一种财产主体资格。法人只能够享受财产权利,不能够享受伦理性和政治性的权利,这是没有任何争议的。法人是一个无伦理、无情感的抽象的组织体,是自然人取得财产利益的工具,其存在的全部价值就在于财产。因此,我们误用了人格这个概念,自然人人格不能等同于法人人格,两者不分开,所有的讨论都是无益的。

2. 人格权是什么?

对于人格权应否独立成编这个问题,真正需要思考的其实在于人格权本身,而不在于条文多少这样一些形式上的问题。人格权是19世纪德国民法理论创造出来的一个概念。谁都不会怀疑人格权是人成其为人的基本权利,是财产权之外的伦理性的权利。人格权和人格有一种必然的联系,甚至可以说,人格权和人格是一个钱币的两面,是同时出现、不可以分开的,两者只是角度不同而已。因此,我认为人格权实际上就是人格的权利表达,虽然人格利益和人格权不能完全一一对应,但人格权至少是一些非财产性基本权利的表达。在回答“人格权是什么”这一问题的时候,需要作一个历史的分析,而所有的分析都是来源于我们的好奇心。对问题的发现来源于好奇心,对问题的论证则必须借助于逻辑推理,这是我们思考问题时最重要的两件事情。没有好奇心就会丧失探索问题的兴趣;没有自觉地运用逻辑推理的能力,就无法寻求概念本来的准确含义。

我对于人格权的好奇心来源于我们必须解决的一个问题:既然人格权这么重要,为什么在《法国民法典》《德国民法典》《日本民法典》《瑞士民