

中文摘要

本文是一篇有关人格概念的基础理论研究，是在黑格尔市民社会的理论基础上进行人格概念的相关私法问题思考。以“人格概念的私法研究”为题的目的是要确定人格这一概念的研究范围，即探寻私法人的“人像”。本文的写作基于以下问题的思考：既然我国法律是在继受的基础上进行的，那么在继受的过程中对于继受的受体——本国法律背景下的人做了何种人性假设，即性善、性恶还是更为中性的自利？其次，人格这一继受术语在肇始于清末法制变革的继受历史中出现了何种偏差？即新中国的人格继受在经历了建国前的日本和建国后的苏联两种主要途径的条件下（受到了两种相互矛盾的意识形态的影响）出现了哪些人格理论的冲突？最后，如果存在上述冲突，如何通过私法的相关问题研究来重新界定人格这一术语？即如何在继受西方法律技术、法律术语的过程中改变或者说是融入到我们目前的私法建设中，以培育本土化的私法精神。

法学研究的突破在于用法律力去固定一定历史、时空和文化条件下的法律主体，从《法国民法典》的“人法”到《德国民法典》的“权利能力”都反映了人格的抽象，这种抽象凝结了一个世纪的历史、文化和哲学思想的沉淀。本文拟从人格概念的历史与研究现状的梳理开始，探讨人格概念的本质属性和科学表述，以期给中国未来的人格立法在基础理论方面起到积极的作用。

本文除引言、结语外，正文由四部分组成。

第一部分：人格概念的私法研究意义。长期的义务本位法观念、集体主义和大国家主义的泛化、盲目强调个体的团体归宿忽略了个人合法利益的关注！现代私法是商品经济的产物和辅助，市场经济的发展要求私法观念的跟进，而法律继受和移植的客体往往是法律技术和术语，法律意识和文化却难以继受。真正的法律不是实证意义的条文化表述，而是法条在社会个体心目中的威信及其在社会氛

围中的实现状态。一般表述为：法律意识。这也决定了从法律的基础概念——人格出发探讨人格背后的私法观念和在市民社会和政治国家中的定位的现实迫切性。这种迫切性在我国目前市场经济改革的背景下尤为可贵，其可贵之处在于在未来的民商法典的人格立法中突出个人的伦理性和人性内涵。

第二部分：人格概念在我国的继受历史及继受困惑。人格概念是一个继受的概念，由于我们社会人文基础薄弱，缺乏私法体系的深层社会基础培育，人格概念的继受历史呈现反复性的特点。另外目前市场经济改革对私法的迫切性使我国的私法研究显现出实用主义特点，这促成了人格这一基础概念的相关问题研究的缺失。这些现实导致了人格概念继受的困惑，其主要表现在人格概念的公法私法属性不够明确和人格概念与权利能力的混淆。

第三部分：人格概念的本质内涵。这一部分主要是探讨人格概念背后的社会和人文基础，把人格这一概念放入特定的历史长河中，在现实的社会条件下来探讨人格概念的本质。市民社会是私法的基础，因此应该从市民社会出发来探讨人格概念的本质：市民社会中的个人本位，是人格概念的意识根基。即在民主的基础上进行私法观念的人性解放，尊重和保护个人的自利本性，促成人性解放基础上的意志自由、个人独立。具体研究路径是通过对市民社会的分析来阐述人格概念的人性基础，进而分析人格概念的价值取向——意志自由条件下的个人独立；以及人格概念的设计定位——私权平等，这种平等包括私权之间的平等和私权对于公权的对抗。

第四部分：人格概念的科学表述及立法建议。在上文人格概念目前的困惑及对人格概念本质分析的基础上，重新确定人格概念的表述：人格就是法律适格者的标准，是法律对于市民社会主体的一种抽象，其应具有内在的意思表示，并能够通过一定的方式把这种意思表示表示于外部，同时，能够对这种意思表示所产生的社会后果负责。其中意思表示是人格概念的伦理性构成，责任能力是人格概念的社会性属性。其目的就是为了保持法律关系的社会化稳定。所做研究的立法

启示就是在我国未来的民商法典的中确立人格概念的立法表述，从而为人格权立法确定标准。

通过研究认为：人格应该是一个私法层面的概念，其与权利能力具有本质的区别。作为私法上的人首先是具有自我保护意识的社会主体，这一主体出于个体利益的保护才进入了社会的范畴。私法上的人首先要尊重个人的意思表示，并对这种意思表示课以法律责任以实现个人利益的最大化保护。并且，要在未来的民法典总则立法中设立人格概念的表述，目的就是加大个人权利的私法保护。

关键词：人格；意思表示；责任能力

Abstract

This paper is based on the study of the concept of personality theory. It is related to the concept of personality in private law based on the civil society of Hegel's theory. The purpose of this paper is to define the study range of personality, that is to explore private legal person's "portrait". This paper is based on the following issues: firstly, since the law of our country is based on the succession of law, in the course of succession for the acceptor who is under its legal background to how to make assumptions on human nature, namely good nature, evil nature, or neutral self-interest? Secondly, what kind of deviation happened on the term of personality during the history of legal reform beginning in the late Qing dynasty? That's to say, the new Chinese law following the two main ways of the Japan before the founding of China and the Soviet Union after the founding of China (which is influenced by two conflicting ideological) appears what confliction about the theory of personality? At last, if confliction above-mentioned exists, the person in private law is how to be reshaped by the related issues of private law? That is, how to change or integrate into the current private law construction in the process of following technology and terminology of Western law to achieve the localization of legal culture or spirit?

The breakthrough of legal research is to use law power to fix legal subject under the condition of a certain historical time, space and culture. Both the "law of person" in French Civil Code and the "capacity for rights" in German Civil Code reflect the abstract of personality, which condense the precipitation of a century of history, culture and philosophy. This paper begins from the history and current situation of personality concept and discusses the essential attribute and scientific expression of the concept of

personality to play an active role in the future basic theory of China's human rights legislation.

This paper consists four parts besides the introduction and conclusion.

I. The significance of study on private law about the concept of personality. The generalization of long-term concepts about obligation-oriented, collectivism, big nationalism and the incidence of group which emphasizes blindly the individual ignore the concern of legitimate interests of the individual. Modern Private Law is a product and support of the commodity economy. The development of market economy requires the following of idea of private law. But the object of legal successors and transplantation is often the legal technique and terminology, the consciousness of law and culture is difficult to be succeeded. The real law is not the cultural expression of empirical significance, but is prestige of articles of law in the heart of the community and the implementation status in the social atmosphere. The general expression is the legal consciousness. It also determines to begin with the basic concept of law (personality) to explore private law concept behind personality and the real urgency of position in the civil society and political country. This urgency is particularly valuable in the reform of China's market economy and the valuable point highlights individual ethical property and human nature in the personality legislation about Civil and Commercial Code in the future.

II. The history of succession of law and confusion of succession about the concept of personality in our country. The concept of personality is the concept of succession. Because of the weak of the human basis of our society and the lack of the basis cultivation of deep society about the private judicial system, the succession of concept of personality shows repetition in history. In addition, the urgency of private law which is caused by the market economic reform makes our private law show the features of

pragmatism, which leads to the lack of study on related issues about the basis concept of personality. These realities lead to the confusion on succession of concept of personality, and the main performance is the uncertainty of attribution of public and private law about the concept of personality and the confusion about the concept of personality and the capability of right.

III: The discussion about the essential connotation of concept of personality. This part discusses mainly about the basis of the society and humanities behind the concept of personality. The concept of personality is putted into the particular history and we discuss the nature about the concept of personality in the real social conditions. Civil society is the basis of the private law, so we should start from the civil society to discuss the nature of the concept of personality. Individual-oriented in the civil society is the foundation of awareness about the concept of personality. In the basis of democracy proceeds the liberation of human nature on the concept of private law and by respecting and protecting the individual self-serving nature to lead to free will and personal independence on the basis of liberation of humanity. Specific research path is to explain the human basis of concept of personality by the analysis of the civil society and further to analyze the value orientation of personality which is the individual independence under the condition of freedom of the will and the design positioning about the concept of personality which is the equal of private rights, which includes the equality between private rights and the confrontation between private rights and public rights.

IV: The scientific expression and legislative suggestion about the concept of personality. On the basis of the current confusion of the above mentioned concept of personality and the essential analysis of the concept of personality, we redefine the expression about the concept of personality. The personality is the standard about the

qualified person of law and is an abstract that the law is to the subject of civil society. It should have the inherent meaning and can express this meaning to the outside by a certain manner. At the same time, it is responsible for the social result which is caused by the meaning. The meaning is the ethical constitute of the concept of personality and the responsibility is the social attribute of the concept of personality. Its purpose is to maintain the social stability in legal relationship. The implication of legislation is to establish the legislation expression about the concept of personality in the general Civil and Commercial Code in the future to determine the standard for the legislation of personality rights.

By research, we consider that personality should be a concept in the private law level and it has the essential difference with the ability of right. As the person in private law firstly is the social subject who has the self-protection awareness, and the main body goes into the community area for the protection of the individual interest. Firstly the person in private law should respect the individual's intention and achieve the maximum protection for the personal interests by legal responsibility. At the same time, the scientific expression of the concept of personality should be established in the general Civil and Commercial Code in the future to increase the protection for individual rights in private law.

Key words: Personality; Expression of Intention; Responsibility

关于学位论文独立完成和内容创新的声明

本人向河南大学提出硕士学位申请。本人郑重声明：所呈交的学位论文是本人在导师的指导下独立完成的，对所研究的课题有新的见解。据我所知，除文中特别加以说明、标注和致谢的地方外，论文中不包括其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包括其他人为获得任何教育、科研机构的学位或证书而使用过的材料。与我一同工作的同事对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

学位申请人（学位论文作者）签名： 孙凤池

20 年 月 日

关于学位论文著作权使用授权书

本人经河南大学审核批准授予硕士学位。作为学位论文的作者，本人完全了解并同意河南大学有关保留、使用学位论文的要求，即河南大学有权向国家图书馆、科研信息机构、数据收集机构和本校图书馆等提供学位论文（纸质文本和电子文本）以供公众检索、查阅。本人授权河南大学出于宣扬、展览学校学术发展和进行学术交流等目的，可以采取影印、缩印、扫描和拷贝等复制手段保存、汇编学位论文（纸质文本和电子文本）。

（涉及保密内容的学位论文在解密后适用本授权书）

学位获得者（学位论文作者）签名： 孙凤池

20 年 月 日

学位论文指导教师签名： 王明锁

20 年 月 日

人格概念的私法研究

引言

人格是一个历史悠久而又内涵丰富的概念。通过对人格概念的了解,我发现其中有许多有待深入认识和把握的问题。而国内学界的研究又稍显薄弱与偏颇;另外,我国学界在制定民法典的背景下对人格权法的相关问题进行了广泛而深入的讨论,这也显示了对人格这一根本性的概念进行界定、论证人格概念的存在合理性这一上位性问题的必要性。本文以“人格概念的私法研究”为题就是为了通过对人格的概念进行较为深刻和恰切的理解来推动人格权理论研究的发展,对将来的人格权立法做点儿基础理论层面的贡献。

目前国内学界对于人格概念的研究主要有以下几个问题:首先人格概念的公法和私法属性不明确;其次,将人格等同于权利能力;最后,对于国外人格概念的继受仅仅进行历史层面的描述。造成这一问题的原因就是我国法制现代化中的法律移植传统与中国农耕经济条件下的义务本位法律传统之间的矛盾造成的。“中国法制近代化的每个历史时期的立法都没有离开过法律移植,尽管过去我们不曾使用这一术语,事实上,法律移植一直在中国近代法制史上进行着。”^①而“法律是特定的民族的历史、文化、社会的价值和一般意识与观念的集中体现。任何两个基本国家的法律制度都不可能完全一样。法律是一种文化的表现形式,如果不经其中‘本土化’的过程,它便不可能轻易地从一种文化移植到另外一种文化。”^②大陆法系和英美法系在法律理念和制度设计方面的差异与中国市场经济改革的

^① 周少元:《二十世纪中国法制变革与法律移植》,载《中外法学》1999年第2期。

^② [美]格伦顿·戈登·奥萨魁著:《比较法律传统》(中译本),米健、贺卫方、高鸿钧译,中国政法大学出版社1993版,第6页。

初期性、悠久的农耕历史传统的矛盾导致了我们的法律移植的困难，造成这种困难的原因就是我们忽略了私法建设中的人文主义研究。从而使移植的法律技术和术语在转化为法律观念的过程中出现了断层。

文章的研究主要是用历史研究的方法和比较研究的方法，目的就是通过对私法中的人格概念来探寻市场经济条件下个人利益和社会利益的合理界限与互相容忍程度。所做的工作就是：首先，从市民社会这一基础出发来探讨人格概念的内涵，从人格概念在我国的继受历史出发来寻找人格概念的确定本质，“法律制度是诸社会现象中较为表层的东西，无论是学习、模仿、移植都较为容易，而法律意识则是隐藏在人们心中的深层次的东西，它的形成、发展、改变在很大程度上受着社会历史、传统文化的约束，有一种习惯的堕性。”^①其原因就是人身的自由可以通过革命或是其他的偶然性事件来实现；但是人性的自由却是另外一回事，民族习惯、语言、道德传统等因素的不同都会影响到我们对于法律制度的理解和借鉴程度。所采取的研究路径就是在人格相关问题分析的基础上提出人格概念的科学表述。

一、人格概念的私法研究意义

进行法律人格的私法研究主要是由于我国法律传统文化中缺少私法观念，我国有着悠久农耕历史的义务本位法传统，就法律文化来讲，是个人——家——国三维的思想观念，在这种权威意识中，个体意识要绝对服从于家或是国家的集体利益，忽视个人利益的尊重是其重要特点。在这种法律意识的作用下，国家的实定法呈现出诸法合体、缺乏私法体系的特征。加之历史的原因，我国的法制现代化起步较晚，这一现实导致了我国法制建设进程的移植性特点和功能性倾向。而移植的供体——西方法律是在市民社会和政治国家二元结构条件下产生和发展

^① [日]川岛武宜：《日本人的法律意识》，转引自何勤华：《日本法律文化研究的历史与现状》，载《中外法学》1989年第6期，第55页。

的,强调个人利益的保护。例如,罗马法中关于公法和私法的划分从某种意义上讲就是对于个人利益的保护。因此,通过法律人格的私法研究,探寻我国法律文化中对于现代法制建设的基础和障碍对于法律移植的本土化以及我国的私法建设也就显得尤为必要,“使用比较方法不仅需要有外国法律的知识而且还要有外国社会,特别是外国政治方面的知识,人们只要持有法条主义精神而忽视这些方面,对比较法的实际目的的应用就会成为误用。”^① 具体而言就是,就是从外国人格概念的产生基础入手来分析规律性的东西,然后对照我国的法制建设进程,为我国法律移植做借鉴性的探讨,从而建立具有我国本土特色的私法体系。

就中国的法制建设历史而言,私法观念是在公法的夹缝中生存的,从孔子“仁”的思想到孟子的“民为贵,社稷次之,君为轻。”^②再到荀子的“君者,舟也;庶人者,水也。水则载舟,水则覆舟。”^③都体现了法制的人文主义思想,可以这样说,我们的法制人文主义几乎是与西方同步的。^④但是为什么我们的法制实践在后来的历史发展中出现了君权至上的专制政治体制呢,是什么原因导致我们的法制历史走向了义务本位的法制观念呢,这是一个值得我们探讨的问题,因为“正如同不是宗教创造了人而是人创造宗教一样,不是国家制度创造人民,而是人民创造国家制度。”^⑤因此,我们也应该从历史的角度来分析,从而使得我们的人格概念的研究能够回归私法观念的轨道。

^① [英]奥·卡恩·弗罗因德:《比较法的应用和误用》,载《现代法律评论》(英文)1974年第1期,转引自沈宗灵:《论法律移植与比较法学》,载《外国法译评》1995年第1期,第2-3页。

^② 《孟子·尽心下》。

^③ 《荀子·王制》。

^④ 孔子生活在公元前551~公元前479,孟子生活在公元前372年~公元前289年,荀子生活在公元前313年~公元前238年,而苏格拉底则生活在公元前469年~公元前399年,随后的柏拉图和亚里士多德也是与中国的孟子和荀子差不多年代。

^⑤ 卡尔·马克思著:《黑格尔法哲学批判》,载《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第281页。

（一）人格概念私法研究有利于冲破传统义务本位法观念

1. 中国传统义务本位法的形成原因

中国传统法制中缺少私法的精神，其悠久的历史可以上溯到“刑起于兵”的奴隶社会，就地理环境而言，我国地处平原，这有利于皇权的确立，因为平原的地形更有利于军事实力的展开，“广阔、完整的平原有利于专制国家的建立，因为庞大的帝国更容易在这样的地方蔓延。相反，山区和岛屿则是自由的根据地，因为山脉与海洋是领袖权威的障碍。”^①随着社会体积的增大，共同体事物的增多，社会的组织体系必然变得更加集中，“主权也开始变得庞大起来，行使这一权力的人也开始凌驾于所有人之上。社会不得不从共和制的形式转变为君主制的形式。然而，假如社会体积依然不断扩大，变得过分庞大，那么君主制就会让位于专制政体，除非君主拥有绝对的权力，能够把分散在如此宽阔地域的百姓统一起来，否则幅员辽阔的帝国就不可能存在。”^②由于中国地处欧亚大陆的特殊位置，以及较早的文明起源，注定了在以后的历史发展长河中形成了君权至上的专制政体，这种政体的历史选择使得任何一个外族的入侵都被同化，经典的案例就是蒙古族所建立的元帝国和后金所建立清帝国，但是，这种政治体制的选择的一个重要缺陷就是民主观念的必然缺失。因为缺少了分权和权力制衡机制的政治体制必然导致身份立法——资源的垄断。产生了普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣的家天下思想，这种政治方面的历史实践导致在整个社会层面上缺少私法观念的基础——平等思想，既然国家都是统治者的，那么统治者说的话当然也就变成了金科玉律，不容置疑，所以他们也就总能游离于法律之外。另外，既然土地和人都是统治者的，老百姓也就不可以避免的成为了统治的客体了。作为客体，就只能有

^① [法]爱弥儿·涂尔干著：《孟德斯鸠与卢梭》，李鲁宁、赵立玮、付德根译，上海人民教育出版社2003年版，第35页。

^② [法]爱弥儿·涂尔干著：《孟德斯鸠与卢梭》，李鲁宁、赵立玮、付德根译，上海人民教育出版社2003年版，第35页。

服从的义务了，连政治的资源都不能享有，就更不要说去用法律或是规范去约束皇权。还有就是“朕即天下”的传统思想要求，作为皇权所有人要有绝对的权威和大权独揽的事实，否则就是对列祖列宗的不孝，就是“大权旁落”，在这样大的背景下，中国的思想讨论在经历了春秋战国时期的百家争鸣后走向了单一化，变成了皇权统治之下的皇家思想代言人。从秦始皇的焚书坑儒开始，中国的主流思想讨论开始偏离了自由、民主这一根本主题。这种政治策略在随后的专制统治过程中得到了一步步的加强。

2. 传统义务本位法对中华民族的影响要求对人格进行私法分析

传统义务本位法的指导思想与现代法制建设的不和谐的一个重要表现就是在思想选择方面偏离了自由与民主的轨道，就主流思想而言出现了单一化的趋势或是对经典文献进行断章取义的理解。其最后的后果就是导致社会个体的“私人领地”的丧失，其典型表现有三个方面：第一，权威指导思想的单一化，过分注重道德义务。从秦始皇的焚书坑儒，到汉武帝时期的罢黜百家、独尊儒术，再到后来的宋明理学都体现了这样一种指导思想——道德义务规范的偏重，这种思想作为一种道德修养的目标在社会中肯定会起到稳定社会的积极作用，但是，道德强力的执行措施和道德义务的对等权利的缺失使得这种思想最后演化为束缚人精神世界的工具。由于法具有普遍性的特点，而道德的实施更具有自觉性的特点。所以，就遵守的主体而言，统治者掌握了绝对的社会资源优势，从而使得他们更容易摆脱道德的规范。而广大人民则失去了维护私人利益的自由。第二，这种思想建设的后果就是忽略了人性的分析，并最终导致对于人性的压抑，而一切社会科学研究的“前提是人，但不是某种处在幻想的与世隔绝、离群索居状态的人，而是处在一定条件下进行的、现实的、可以通过经验观察到的发展过程中的人”^① 虽然有孟子和荀子的性善说和性恶说的争论，但是“善”与“恶”的用语毕竟太过

^① 卡·马克思、弗·恩格斯著：《德意志意识形态》，载《马克思恩格斯全集》（第3卷），人民出版社1956年版，第30页。

笼统和片面化，或是说主观化，不能够客观的揭示出人性的特点，从而在立法和社会交往中找不到合适的规则予以规范。第三，忽视个人利益的保护。从孔子的“君子喻于义，小人喻于利”开始，对于个人利益的关注往往成为了小人的代名词，而“自私”也就披上了贬义的外衣。“个人利益，在‘私权’一词形成之前，汉语的表达就是‘私利’、‘私欲’。而几千年的中国主流观念，无一刻不在打压‘私利’二字”^①由于利益的交换缺少了法律的强力介入，仅仅用内在约束机制——道德去调整，就不可避免的出现利益失衡状态的无法恢复，从而使社会的利益链出现不平衡的潜在危险，而强大的道德规则在舆论的推动下就不可避免的使遵守较高道德标准的社会个体遭受利益损失，这样，在本能意识的作用下，必然会使得社会个体抛却道德约束，而去寻求强力的规则。或者，他们将不再盲目让渡自己的既得利益，这在某种程度上会导致社会资源的浪费。就自然人而言，他首先是一个自然属性然后才是社会属性的，首先是自利的，然后才是利他的。

通过以上的分析，我们可以发现，传统农耕历史条件下所形成的特有的义务本位法思想是我们进行法制建设的一个重要的障碍。其表现有两个方面，第一，权力和权利出现了严重的失衡状态，这样，社会公众被排斥出社会事务的管理。也就没有了参与意识，从而处于从属性的地位。第二，权利和义务的不对等，这样，社会个体处于受压抑的状态，离开了自然属性，盲目强调个体的服从意识和付出义务，导致法制实践中缺少了对个体利益的私法保护，从而在整个社会经济层面，阻碍了市场经济或是商品经济的发展，并最终影响了法制建设的进程。因为缺少了民主，权利义务就会出现失衡状态。这样个体的社会存在就会否定或者说是压制其自然属性的欲求，从而影响其参与社会事物的积极性，并最终会影响到社会法律意识的形成。我们只有从人这一特定的法律主体出发，来探讨法律上的人对于其自然状态的体现程度，从而树立特定的法律人格。

^① 俞江著：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社 2003 版，第 102 页。

（二）人格概念的私法研究有利于培育市民社会在现代政治国家的基础地位

市民社会的研究不是本文的研究重点，另外，也不是笔者能力所及。本文只是想从黑格尔的市民社会概念——现代市民社会出发，来探讨市民社会和政治国家的张力，从而探求人格概念的深层社会因素“市民社会一词在 14 世纪开始为欧洲人采用，其含义则西塞罗在公元前 1 世纪便提出。它不仅指单个国家，而且指业已发达到出现城市的文明政治共同体的生活状况”^①但是现代市民社会概念的内涵发生了重要变化，黑格尔被认为是较早提出现代意义的市民社会概念的思想家^②他对市民社会下了一个经典的论断“市民社会是处在家庭和国家之间的差别的阶段，虽然它的形成比国家晚。其实，作为差别的阶段，它必须以国家为前提，而为了巩固地存在，它也必须有一个国家作为独立的东西在它面前。”^③通过这一定义，我们可以作进一步的分析，从而形成了三个问题：首先，市民社会这种社会组织样式的深层社会基础——或者说它基于什么样的经济运行方式？其次，市民社会条件下的个体意识选择是什么？最后，市民社会条件下的个体意识对于市民社会和政治国家的逻辑定位会如何选择？

首先，就第一个问题而言，商品经济或者说市场经济是市民社会的基础经济运行方式。按照黑格尔的观点，他认为市民社会深层的社会经济运行方式是商业，“在黑格尔看来，市民社会——或者毋宁说是社会中的市民部分——既不同于家庭，也不同于国家。它是市场，是社会的商业部分。”^④，“市民社会的轮廓由于德国对‘乡民’（folk）观念的浪漫催生而变得更为清晰，在那里‘乡民’被认为是完全与市场对立的。”^⑤市民社会就是在家庭和政治国家中间的一种社会组织

^① [英]戴维·米勒主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 125 页。

^② 王新生：《现代市民社会概念的形成》，载《南开学报》2000 年第 3 期。

^③ [德]黑格尔著：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 版，第 197 页。

^④ [美]爱德华·希尔斯：《市民社会的美德》，李强译，载邓正来主编：《市民社会与国家》，上海人民出版社 2005 版，第 52 页。

^⑤ [美]爱德华·希尔斯：《市民社会的美德》，李强译，载邓正来主编：《市民社会与国家》，上海人民出版社 2005 版，第 52 页。

样式，我们可以想象这样一种状态，脱离了土地和农业大家庭的乡民来到一个陌生的地方，在这里，商品的生产和交换是社会的主要生活方式，在这种状态下，作为家庭规则体系——伦理道德和作为政治国家的规则体系——权力都处于次要地位，因为在陌生人面前，所有的社会个体除了通过平等协商的方式进行利益交换并最终实现自己的利益要求以外没有其他的优势社会资源，比如说在农业条件下的土地以及根据土地所形成的人身依附关系——在这种依附关系条件下所形成的大家庭权威。另外，他们对公权力的关注往往更集中于交往成本的核算。因此市民在自治基础上形成的规则才是其权威规则。

其次，就第二个问题而言，自由和平等是市民社会条件下的个体意识选择。黑格尔的市民社会定义阐述了家庭——市民社会——国家三个领域的关系，就市民社会的起源来说，我们有必要假设这样一种存在，在一个具体的地理位置，聚集了来自四面八方的各式各样的“乡民”，对于脱去了家庭和农业基础外衣的‘乡民’来说，利益是他们唯一的共同诉求，“个别的人，作为这种国家的市民来说，就是私人，他们都把本身利益作为自己的目的。……所以，如果他们要达到这个目的，就只能按照普遍方式来规定他们的知识、意志和活动，并使自己成为社会联系的锁链中的一个环节”^①，并且，离开了土地这一有限资源的权威，商业的交换性和商业资源的多元性决定了所有人的利益诉求的多元性和平等性，并且，就市场经济而言，其本身就蕴涵了自由和平等的内在因素“劳动决定商品价值、劳动产品按照这个价值尺度在平等的商品所有者之间自由交换，这些……就是现代市民阶级全部政治的、法律的和哲学的意识形态建立于其上的现实基础。”^②对于自由和平等的私法精神的论述会在下文的人格概念的本质内涵分析中详细论述，所以在此不再赘述。

最后，市民社会条件下的个体意识决定市民社会和政治国家的逻辑定位会是现代法制基础上的政治国家要在市民社会的基础上建立。在市民社会条件下，个

^① [德]黑格尔著：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961版，第174页。

^② 转引自张俊浩著：《民法学原理》，中国政法大学出版1997年版，第16页。

体摆脱了家庭的身份关系,出于追求个体利益的选择,使社会个体在利益斗争中体会到尊重其他社会个体的利益的必要性,从而促成了理性的形成“任何理性取向的交换,都是先前公开或潜在的利益斗争”^①就是通过个人权利的贯穿来实现社会整体的一致性。具体而言,从家庭到市民社会要求个人利益的解放追求,从市民社会到国家就需要用权利和权力的平衡来做到个人权利的合法追求,“国家制定法律,规定了市民社会不同领域与部分自主的外在界域;市民社会也以此设定了国家行动的界限。”^②也就是说,在市民社会条件下,市民为了共同的利益,通过契约的形式来确定共同体的利益,这种共同体的权威规则在历史的演变中最终成为国家这一概念体系。也就是说,由于市场经济的关系,市民社会条件下的社会个体行为缺少权威机构的强力干预来斧正利益交换过程中的利益失衡状态,这需要强力机构的介入,从而使自由平等的社会整体利益追求得到稳固。出于保护整个市民社会共同体的利益选择,所有市民就有可能在理性的基础上从个体利益出发,建立一种政治的联合体,并最终成为政治国家,通过国家的权威权力来介入到权利交换过程,来维护整个市民社会的稳定。这一逻辑对于研究中国的当前法制建设及其重要。其原因就是:一方面中国古代的政治国家没有经过市民社会的阶段而是家庭和政治国家一体,“中国封建社会是一个家国一体的家族血缘精神统治的社会,这种家族精神以血亲关系为原理,并具体表现为国家权力与氏族权力两种结构性存在,这两种由一元精神所派生出的相互依存的权力交融统一,构成中国封建社会的家族宗法一元结构。”^③但是自然经济和市场经济是两种经济形态,另一方面“市场经济建设开始了中国历史发展的新阶段。它造就出普遍的具有独立利益地位的利益主体,它使社会成为开放与流动的,它将创造出一个中国的市民

^① [德]韦伯著:《经济行动与社会团体》,广西师范大学出版社2004年版,第15页。

^② [美]爱德华·希尔斯:《市民社会的美德》,李强译,载邓正来主编:《市民社会与国家》,上海人民出版社2005版,第51页。

^③ 高兆明:《市民社会的建立与家族精神的破灭——兼论“市民社会”研究进路》,载《学海》1999年第3期。

社会,这个市民社会的出现会从根本上消灭家族精神存在的土壤”^①交换比重的加大必然会导致城市生活形态在整个国家生活中比重的加大,从而会影响到社会个体的整体意识。因此,在我国目前的法制建设中进行人格概念的研究,对于突出个体利益,形成市民社会并进而形成私法观念意义非常。

(三) 人格概念私法研究的现实意义是在立法中反映商品经济的平等

通过对我国传统法制理念和市民社会的分析,我们可以得出以下两个结论:

第一,市民社会是“是指以市场经济为基础,以契约关系为中轴,以尊重和保护社会成员基本权利和自由为前提的基本组成”^②,二十世纪七十年代末期的改革开放促使我们进行了市场经济的建设,在市场经济条件下^③,法制的建设尤其是私法的建设显得尤为重要,而私法的核心则是人。第二,市民社会对于构建私法精神具有重要意义,因为市民社会条件下的,自由和平等的私法精神是社会个体的重要价值取向。所以有学者认为民法的基础是市民社会^④,因此以此为基础进行人格立法对于我国未来的人身权立法理念有重要的理论意义。

既然私法是商品经济的基本法。“民法乃商品经济社会基本法”^⑤,而“无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已”^⑥。并且“如果说民法准则只是以法律形式表现了社会的经济生活条件,那么这种准则就可以依情况的不同而把这些条件有时表现得,有时表现得坏。”^⑦就私法立法的成功案例来说也确实如此,如罗马法就是在对商品经济确切把握的基础上制定的“对

^① 高兆明:《市民社会的建立与家族精神的破灭——兼论“市民社会”研究进路》,载《学海》1999年第3期。

^② 袁祖社:《社会发展的自主逻辑与个体主体的自由人格——中国特色“市民社会”问题的哲学研究》,载《哲学动态》2001年第9期。

^③ 有学者认为,市场经济和商品经济是同一的,见王明锁:《市场经济特质与民商法之品格》,载《河南大学学报》(社会科学版),2007年第1期。

^④ 李永军著:《民法总论》,法律出版社2006年版,第6页。

^⑤ 王明锁:《市场经济特质与民商法之品格》,载《河南大学学报》(社会科学版),2007年第1期。

^⑥ [德]卡·马克思著:《哲学的贫困》,载《马克思恩格斯全集》(第4卷),人民出版社1956年版,第121页。

^⑦ [德]卡·马克思著:《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》,载《马克思恩格斯全集》(第21卷),人民出版社1956年版,第347页。

商品经济关系的客观把握和靠自然法理论的指导，是查士丁尼立法成功且具有强大持久生命力的根本”^①因此，在私法的背景条件下研究人格的概念，应该从商品经济的“特质”出发，来探讨在商品经济条件下所形成的社会个体特有的内在欲求以及在社会交往过程中的特定反映，从而为人身权立法进行较为合理的基础性铺垫，那么商品经济有哪些特质呢，根据王明锁教授的研究成果，认为有交换性、平等性、自主性、利益性等^②，我个人认为这些特性都来自于商品经济条件下商品的特质，也就是说来自于商品的使用价值和价值以及在此基础上的交换，即价值决定平等，使用价值和根据使用价值而产生的交换则决定了自主性。具体分析就是：

首先，价值的“无差别性”是商品经济条件下平等观念的基石。众所周知，商品经济是以商品生产和商品交换为基础的经济形态，在商品经济条件下，社会主体是作为商品的主人出现在市场中的。而商品是价值和使用价值的统一体。使用价值是能够满足人们某种需要的属性，生产力的提高，社会分工的加大决定了人们会生产不同种类的使用价值，从而使人们有了交换的必要性。价值是凝结在商品中无差别的人类劳动，这种无差别性决定了商品是天生的平等派。进而决定了商品的主人在市场交换中会以商品的价值为基础进行交换，否则，商品的主人就会因为利益的失衡而失去交往的欲求。

其次，就自主性来说，在市场中，所有的商品所有者会摆脱其他观念的影响，因为对他们来说进行生产的目的是为了获得利益，这样，价值也就成为他们考虑的首要因素，他们或是为了追求价值或是为了追求使用价值，这样他们交换的目的就变的单一化了，所以，自主就会成为他们的必然要求，因为，如果不能就自己的商品在利益比较的条件下进行交换，那么他们就会失去交换的动机，从而使市场失去内容而失去生命力。

^① 王明锁：《查士丁尼与〈民法大全〉的编纂》，载《河南大学学报》（社会科学版），1998年第1期。

^② 王明锁：《市场经济特质与民商法之品格》，载《河南大学学报》（社会科学版），2007年第1期。

最后,在市场条件下,商品的平等性决定了商品所有者的身份平等,因为除了商品以外,他们没有任何可以牵制对方的东西,也就是说,在商品经济条件下,排斥以土地为最基本生产资料的人身依附性,从而社会主体具有了更大的人身自由,而自由的根本就是意思自治,交换与否,交换的地点和方式都是商品所有者的个人事宜。在市场的大环境下,所有的人都是自己的商品的主人。“市场经济中欲形成交换,交换者的地位必须是平等的。交换者以平等的心态进入交易场所和以平等的姿态进行交换行为。商品经济是天生的平等派。”^①他们所要关注的是自己个体的利益,另外对利益的关注也促成了理性的形成,并最终形成了法律这种权威的社会规则体系。因为正如前文所分析的,个体同时关注自己的利益必然产生利益冲突和利益的重叠,对于共同利益和利益冲突他们需要一个权威的机构来实施,或者说是来规范,这导致了利益共同体的出现,并最终形成了国家。“为了维护社会的整体利益,国家机器与法律规范出现了,遂将人与人之间有关人格与身份的关系上升为一种法律关系,形成一种权利和义务关系”^②因此,对于人格来说,也就是现代的私法中的人来说,就是要承认他是市场中的单个人,在市场中,他们更多的是与商品发生关系。出于市场和交换的需要,自由和平等是市场主体最为关注的精神,这也是我们立法技术上的价值出发点。

二、人格概念在我国的继受历史及继受困惑

私法在我国的继受从某种程度上讲是在两种路径下进行的,一个是肇始于《大清民律草案》开始的近代私法立法历史,“中国近代民法起始于1908年民法典起草,至1949年,各届政府先后编纂了三部民法典,即1910年的《大清民律草案》、

^① 王明锁:《市场经济特质与民商法之品格》,载《河南大学学报》(社会科学版),2007年第1期。

^② 王明锁:《人身权制度与中国民商法的法典化》,载《河南省政法管理干部学院学报》,1999年第6期。

1925年的《民国律草案》和1930年的《中华民国民法》”^①。另一个是新中国建立以后，我们从苏联模式到改革开放后的私法研究的复兴。即从罗马法开始，借鉴以德国和法国为代表的大陆法系的移植，这种立法方式不可避免的出现概念和立法理念的偏差。加之“人格是法律上一个最抽象的概念。”^②这更加加剧了人格概念的混淆。既然人格是一个继受的概念，离开了其继受历史的分析，我们就无法对于这一术语进行全面的把握。因此，笔者欲从人格继受过程中的偏差开始，来研究人格概念的确定内涵，进而进行中国特色的人格立法。

（一）人格概念在我国的继受历史

法律继受首先要从法律概念开始，法律概念的继受首先要了解法律概念背后所蕴含的法律技术和法律观念，其次才是讨论与本国结合的问题。而法律概念都是特定的历史、文化、传统长期沉淀的结果，离开了特定历史阶段的文化和传统的分析就会导致继受的法律概念在转换成法律观念的过程中出现断层，这种断层毫无疑问会影响到我们对于法律概念的把握，从而影响到整个法律进程的连续性和稳定性。在这个问题上最突出的表现是——人格概念。西方人格的概念，起源于商品经济为基础的古代罗马法的人格法律技术，历经近代伦理哲学思想的锤炼，特别是文艺复兴和启蒙运动的思想解放作用。他们的人格概念走的是一条人格独立和解放的道路。其内涵是自由、民主和独立的人文主义思想。我国的法制现代化历经了清末的法制变革、民国和随后的新中国法制变革，在这个过程中我们确立了大陆法系的逻辑起点，但是意识形态领域的对立也影响了我们对于人格制度形成过程中的规律的把握，这种负面的影响同样也影响了我们了解各个格要素在这一过程中的作用以及认识近代法律人格构造所应有的时代内涵。

^① 冉昊、杜丽红：《新中国法治历程：民法56年》，载《南京大学学报》（哲学·人文科学·社会科学），2005年第4期。

^② 梁慧星著：《民法总论》，法律出版社1996年版，第103页。

我国的人格概念继受历史肇始于清末的法制变革当无异议。至于我国古代有无私法问题,笔者前已述及,需要重新解释的也许是古代也有私法中的某些举措,但是就其术语来讲毕竟不是现代意义上的私法,其指导思想^①和存在数量也不能成为我们讨论的指向。所以严格意义上的现代私法建设是从清末法制变革开始的,就总体来说是在自然经济遭到破坏,适应西方商品经济和借鉴外国先进经验的基础上进行的,就大陆的总体进程来说主要有两个:第一,萌芽和成长的阶段(从鸦片战争开始到1949年),第二,摸索重塑阶段(1949年社会主义国家建立后至今)。总体来说经历了一个现象性的描述到关联性研究的过程。下面分别讨论:

第一阶段:萌芽和成长阶段。就目前的文献来看,最早的私法方面的法典翻译当属1880年同文馆法语教习毕利干翻译的《法国律例·民律》^②。但是日本私法对于中国的影响最为重要。20世纪初期收回领事裁判权和立宪运动促成了一场大规模的移植西方法学的活动,日本的民法学在这一时期也进入到了中国。比较代表的是清政府聘请日本学者松岗义正进行民法方面的编纂。并制定了清末法制改革的经典文献——《大清民律草案》,西语中的人格这一术语也是在这一时期进入到国人的视野中来,其第二章第五节中规定了人格保护,虽然清末也进行了其他国家的法典编纂工作,“清末翻译的民法典至少有六种,即《德国民法》、《法国民法》、《日本民法》、《俄罗斯民法》、《瑞士民法》和《奥地利民法》。”^③但是甲午海战后,我国私法建设主要是受日本影响比较大,“进入20世纪后,通过日本传入的民法学是相对完整和系统的……民法的传播宗随日本,从一开始基本上按照西方民法学的概念体系,避免了传播中可能造成的结构性的缺陷。”^④也就是说,我们当时的很多私法术语来源于对日本的继受。这种继受方式的优点是:法学的继受主要通过文字来传播,中国自古缺乏私法精神,对于法律的继受

^① 虽然古代法律中存在涉及民事生活关系的条文,如户、婚、钱债等,但是其不符合近现代民法的主体平等、意思自治等特征,实质上仍是公法范畴。至于一般民事生活关系,则由类似习惯法的“礼”调整,因此中国古代不存在现代意义的私法精神。

^② 俞江著:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003版,第13页。

^③ 俞江著:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003版,第46页。

^④ 俞江著:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003版,第51~52页。

容易陷入从主观出发去观察异域文化的怪圈，不能够跳出经验和传统，以中国古代法律术语去阐述西方法律，难以理解西方法律背后的法律文化，而日本和中国在文字方面的渊源导致中国在继受西方法律的过程中节省了成本，减少了从古代到现代法学的继受成本和术语推敲、抽象过程中的弯路。另外，中日两国在历史阶段和国情方面的相似性也决定了两者在学习西方，也就是法德法律的相似性。但是弊端就是：中日的国情毕竟各有特点，对于日本继受过后的法律进行转继受不可避免的会发生概念方面的混乱。因为日本私法直接继受于西方，而我们的私法一方面继受于日本，一方面直接继受于西方。这种继受途径的现实决定了人格概念分歧的第一个原因。另外，日本本身对于人格概念的理解就存在混淆的历史和现实。其主要的混淆是人格概念和主体资格的混同“权利能力，又称权利主体之资格，或称私权享有，或称享有私权之能力，或称人格，此各种名称，意义皆同，不可以文以害义。”^①另外“人者何？权利之主体。法律上一则曰人格，一则曰能力是也。”^②在《日本民法典》中并没有人格的概念，也没有权利能力的概念，第一节中规定：一、人。（一）私权之享有；（二）能力。而《大清民律草案》开篇就有了权利能力的概念，如在第二章：人，第一节：权利能力，第二节：行为能力，第五节：人格保护^③。这应该是我国历史上较早具有确切记载的人格概念，然后就是《民国民律草案》中并没有专门的人格表述，仅仅在第十八条中规定：人格权受伤害者，得请求摒除其伤害。第二十九条：以营利为目的之社团，其取得人格，依特别法之规定。^④至此，人格的术语开始了衰落趋势，究其原因，就是德国发明了权利能力的概念，开始用权利能力的概念来代替人格的概念。也就是出现了人格和权利能力的并存。这种并存主要是由于我们在继受日本私法到融汇西方私法的过程中的吸收整合缺陷，“从《大清民律草案》，经过《民国民律草案》，最后到《民法典》，三者之间有着明显的传承关系。其中，直接的

^① 《法政浅说报》第16期，第21页。

^② [日] 樋山广业：《现行法制大意》，载《译书汇编》第7期，明治三十四年（1901）。

^③ 杨立新点校：《大清民律草案·民国民律草案》，吉林人民出版社2002版，第3~7页。

^④ 杨立新点校：《大清民律草案·民国民律草案》，吉林人民出版社2002版，第205~206页。

依据就是《民法典》使用的条文解释理由，就是《大清民律草案》的立法理由书。”^①也是在这一过程中，出现了人格概念的混乱。也就是说，这是一个在日本私法中没有澄清的概念，加之在其民法典中回避了人格的概念，固对此古老的概念及其确切的内涵需要我们独立来解决。

第二阶段，1949年新中国成立之后，这一个阶段大体来说又可以分为两个部分，一个就是1949年~1977年，另一个是1977年之后。在前一段时间内，主要是借鉴苏联模式，全部割裂了自清末私法改制以来的私法传承，1949年2月中共中央明令废除“国民党六法全书”^②，在整个法律界开展了对“旧法”观点的批判，随之而来的“整风反右”运动，几乎将民国时期的民法学者一网打尽。1949年前的全部民法教材均遭废弃，法学教育直接采用苏联民法教材，请苏联专家授课。^③“新中国民事立法和民法学研究曾移植了苏联的模式”^④，另外，对于人民运动的迷信让新中国初期的领导人忽略了法律的作用和建设，过分强调了政策的作用和党的领导方式的绝对化。而意识形态领域的冲突也影响到了对于法律的继受。这一时期，私法就陷入了瘫痪的境地。其原因总结起来有这么几点：首先，建国初期，党的领导人没能跳出革命中过分迷信群众路线的怪圈，没有认识到建国后社会建设的恢复过程中法律的作用。“在一个长时期里，法律被简单化为专政工具，对群众运动的迷信和对法律功能的蔑视。”^⑤其次，建国初期，由于历史的原因我们确立了计划经济的运行模式计划经济的确立，从而使私法建设失去了其经济基础。另外，面对国内外的重重压力，导致当时的领导人更愿意采取集体主义或者是国家主义的治国方略，而忽略了私法背景下的人格立法。最后，传统的法律意识淡漠也是我国当时私法建设不足的一个重要原因。其后果是严重的，

^① 俞江著：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社2003年版，第2页。

^② 中共中央于1949年2月发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，这样《中华民国民法》只在中国台湾地区继续生效。

^③ 何勤华、李秀清著：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2002年版，第25~26页。

^④ 何勤华、殷啸虎主编：《中华人民共和国民法史》，复旦大学出版社1999年版，第19页。

^⑤ 何勤华、李秀清著：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2002年版，第26~27页。

缺少私法精神的国家政治建设的血痛教训毋庸多言了，只要稍微有一点历史知识的人就会对过去的那段历史心有余悸。其严重的后果归纳起来也有这么三点：第一，割裂了肇始于《大清民律草案》的中华民族的法制现代化进程，由于认识的错误，打断了私法体系的传承进程。第二，多种继受客体的存在加大了私法继受的理解和吸收难度，没能在一脉相承的前提下进行法律的本土化建设，同时也加大了法律概念的理解和应用难度。第三，打破了私法的观念，造成了私法和公法的界限混乱，促成了私法意识的淡漠。第二阶段，1977年以后，也就是文化大革命以后，我们开始了新的法制建设征程，从某些方面来看，我们走的是一条恢复的道路。因为无论是当时的国民政府的民法，还是建国初期的苏联民法，都是借鉴了德国民法^①，但由于文献基础的薄弱，学术人才的匮乏，私法精神的混乱导致这一时期私法建设举步维艰，但是随着时间的推移，我们在私法建设方面的成果还是举世瞩目的。教科书、法学论文、专题研究和立法工作都有长足的进步。限于篇幅，实例不再赘述。这一时期的私法研究由于实践的需要出现了功利的特点。另外，“民法学研究往往关注内部体系的重构，并不重视讨论‘私法’这个上位概念，更遑论私法与其他的关系，这使得学科与学科之外的结合部中的错位观念迟迟得不到检讨。”^②这种历史的现实导致了人格这一私法重要概念的混乱。

（二）人格概念在我国的继受困惑

经过上面对于人格概念及其依托——私法的继受历史进行的简单梳理，并对其继受过程出现的混乱原因进行了简单的分析，下面的工作就是具体分析一下人格概念的继受困惑，并且进行力所能及的澄清。目前对于人格概念的继受困惑主要出现在两个方面：一个就是把人格归为公法上的概念；一个是把人格等同于权利能力。

^① “国民政府的民法对于德国民法的证明自不待言，现今的中国民法、中国台湾地区民法和日本民法、韩国民法，均继受德国民法的概念体系和编制体例，被称为‘东北亚的德国法系’。”见[日]北川善太郎著：《民法总则》，有斐阁1993年初版，第105页。

^② 俞江著：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社2003年版，第54页。

1. 公法说及其评析

人格概念的公法说可谓由来已久,从人格概念出现开始就有着公法和私法不明确的嫌疑。在人格概念的肇始阶段“在罗马法上有三个关于人的概念,即霍谟(Homo)、卡布特(caput)和泊尔梭那(persona)”^①其中,作为人格词根的persona是生物人homo和caput交叉的结果。也就是说生物人的法律身份。而caput是户籍登记制度时每一家长在登记册中占有一章,人格概念的公法性也就不言而明。所以有学者主张“在罗马法上,‘人格’表现出公法的属性”^②,另外,在近代资产阶级革命过程中,人的法律主体身份也往往更多的体现在公法性质的宪政文件中,比如在1789年的法国《人权宣言》中规定:人人生而自由、权利平等。我国学者也有人认为人格是一个公法的概念,如徐国栋教授“我在《再论人身关系》一文中,在《认真对待民法典》一书中,在《寻找丢失的人格——从罗马、德国、拉丁法族国家、前苏联、俄罗斯到中国》”已多次证明人格法是公法的命题,并说明了民法中有不少公法因素^③。在此,且不论公私法的划分科学性问题^④,仅将个人有关人格概念应该隶属于私法的理由列举如下:首先,就历史发展来说,随着近代世俗主义的个人主义和自由主义色彩的18世纪启蒙哲学和近代自然法的发展,法律开始“不断服务于那种以人为中心并且使权利为人服务的法观念的发展。”^⑤。也就是法律更多的关注私人利益的保护。最早的私法意义上的人格概念应该是1794年《普鲁士普通邦法》第一编第一部第1条规定:人在市民社会中只要享有一定权利,便被称为法律人格。这是一个令人振奋的论断或是说成果。因为它把“人”引入到了市民社会这一领域进行讨论。它打破了个人与政治

^① 周相著:《罗马法原论》(上),商务印书馆1994年版,第106页。

^② 尹田:《论人格权的本质》,载《法学研究》2003年第4期。

^③ 参见徐国栋:《再论民法中人格法的公法性——兼论文物主义的技术根源》,载《法学》2007年第4期。

^④ 虽然早在中世纪末期“关于国家权力的‘公’的观念,就已经开始与无关国家权力的‘私’的领域相分离”参见梁慧星著:《民法总论》,法律出版社2004年版,第27页。但是“划分公法和私法的范围,即使今天也不是一目了然的,更不用说过去的情况了。”马克斯·韦伯著:《经济与社会》(下),林荣远译,商务印书馆1997年版,第3页。

^⑤ [德]K·茨威格特、H·克茨著:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第144页。

国家的二元结构，对于树立现代意义的私法个人主体地位尤为重要。这样“人首先是从私法上权利义务主体的层面来把握的，在这一点上，所有的人皆是平等的。”

① 其次，作为人格概念来讲，它都是一个法律上的概念，作为这种法律上的概念，一定会带有国家意志性和时代性，一定是一定时代精神的产物，单纯的从国家意志角度来考量私法或者说是公法的划分至少说是不够全面的，另外公法和私法的划分纯粹是为了分类的必要，最为重要的还是二者的内涵——国家和社会何者为本的问题。另外“法律无非是一种利益的协调工具，这一功能在民法中体现得最为明显”②，再者“若法律将个人利益作为利益考量的第一因素，则是民法的权利（或个人）本位主义；若法律将社会利益作为利益考量的第一因素，则是民法的社会（或团体）本位主义。”③这一论断也说明：无论是个人主义，还是团体主义的，民法都在减少国家的参与性上独具特点。而无论是个人主义还是团体主义的，都无法排斥其最基本的单位——一个人，也就是人格的讨论。最后，虽然作为法律主体地位的人的法律归宿——法律人格的规定需要公法性质的宪法予以规定（在宪政条件下），也就是说从公法的角度予以规定，但是，从法律的实证主义角度出发，具体点说，从法律的社会成本和法律的经济学的角度来说，人格的私法性规定更有利于市民社会条件下个体的独立，更能体现法律的人文关怀。

2. 权利能力说及其评析

人格与权利能力论述由来已久了。“日本民法出台以后，日本民法学界也一直采用权利能力和人格概念解释权利享有的基础，并将‘权利之享有’、‘权利能力’和‘人格’三词基本上做为同义词使用……日本民法学关于人格的理解，又在很大程度上直接影响了中国民法学”④在这一历史渊源下，人格概念和权利能

① [日] 星野英一著：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社 2004 年版，第 10 页。

② 何勤华、魏琼主编：《西方民法史》，北京大学出版社 2006 年版，第 430 页。

③ 孙笑侠：《论法律与社会利益》，载《法理学论丛》第 1 卷，法律出版社 1999 年版，第 395 页。

④ 俞江著：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社 2003 年版，第 139 页。

力的争论成为目前学界的一个重要焦点问题,有人认为二者相同的^①,有人认为二者不同,观点也各有所异^②,在此,笔者人微言轻,不能做出全面的评价,只能对于自己的观点做一浅要表述。笔者认为,权利能力和人格非同一概念。理由如下两点:第一,就概念的产生历史来看,人格概念的产生要远远地早于权利能力的时间,前已述及,人格概念产生于罗马法时代,也就是说,在古罗马法时期就有了人格概念的雏形。而权利能力产生的具体时间虽然不能确定,但是,就目前的文献记载,有学者考证说“权利能力(Rechtsfahigkeit)之概念,为学者 Franz von Zeiller(1753~1828)所起草的《奥地利民法典》中第一次在立法上使用”^③就产生的时间上来看,二者相差有千年的历史,而法律都是特定时期的历史、文化和人文的反映,两个不同时代的概念术语肯定在内涵上有较大的分别。较之权利能力,人格具有更高的抽象性,其内涵更为丰富。第二,从权利能力的概念本身来分析,就权利能力这一术语的定义来说,按照目前的通说,其定义为“一个人作为法律关系主体的能力,也即作为权利享有者和义务承担者的能力”^④但是,我想从词语的构成上来分析:权利能力由“权利”和“能”、“力”构成的,“权利”姑且不论,就“能”和“力”来说,前者,现实出现的可能性,也就是从法律主体本身的角度出发进行的考虑。后者则显示出了一种可行性。实际上,它是在反映主体实现权利的可能性和可行性。也就是从法律角度讲,主体能够在法律的范围条件下获得利益的可能性。而离开了主体——法律人格的考虑,权利能力的考虑是没有意义的事情。从法律的角度进行的思考,权利能力反映的是法律的人文主义思潮。而人格是法律的主体制度,也许就是从这个角度讲,日本民法典没有

^① 梅夏英认为,“近代大陆法系各国民法典对于‘人格’和‘权利能力’是不加区分的使用的。”参见梅夏英:《民事权利能力、人格和人格权》,载《法律科学》1999年第1期,第55页;梅仲协认为:“权利能力为权利之别称”参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第53页;郑玉波先生认为:堪为权利主体之地位或资格,谓之“权利能力”,亦曰“人格”,在法、日民法称之为“私权之享有”,德、瑞民法则称之为“权利能力”参见郑玉波著:《民法总则》,中国政法大学出版社2003版,第96页。

^② 俞江著:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003年版,第142~155页。

^③ 梁慧星著:《民法总论》,法律出版社1996年版,第57页。

^④ [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第119页;[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法通论》(上),邵建东译,法律出版社2000年版,第781页;王泽鉴著:《民法概要》,中国政法大学出版社2003年版,第47页。

规定人格制度，而是采用了“私权之享有”这种表述，至于采用这种称谓的原因，笔者冒昧猜测就是因为一方面在法律继受方面无法调和人格和权利能力这两个概念的冲突，于是采用了另外一个外延更为大的词汇来包容所争论的问题。另一方面，是出于突出私权的法律地位，以对抗长期私权观念缺失的传统。但是这种结果未为我国所继受。另外，从逻辑上讲，人格应该是权利能力的上位概念“人格一般包含着权利能力，并且构成抽象的从而是形式的法的概念、和这种法的其本身也是抽象的基础。”^①另一方面，从二者的外延来看它们在主体和客体的范围方面也有很大的不同，人格是任何一个自然人都无差别的享有的，并且对于婴儿和死者也存在部分的人格保护，可权利能力却差别很多，比如对于自然人的结婚权的差别，还有就是法人的权利能力的差别。人格就其立法本意来讲就是确立一种法律的主体制度“民商主体就是指能够参与民商法律关系，享受民商权利和承担民商义务的人。”^②“对民法中的民应当理解为人，或者是某类主体，具体包括自然人、法人、国家和非法人单位或者非法人团体”^③，总之，人格和权利能力是严格不同的两个概念，一个是主体制度，另一个是主体制度条件下的一种法律和现实存在问题。

三、人格概念的本质内涵

在上面的分析中，我们讨论了人格概念的继受及其困惑。出于权利本位的追求，我们开始了人格概念的“私法研究”。其中根本的一点，源于我们目前的私法建设的不足，源于我们在法制建设中的“社会本位”或者说是“国家利益”的泛化，究其根本原因，就是我们“家国”思维的惯性，“建国以后，我们虽然强调公民个人的权利与法律上的自由，但在政治与法律的总体价值目标上，仍然没

^① [德]黑格尔著：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务出版社1961版，第46页。

^② 王明锁、梁向峰：《关于合伙的独立民商主体地位的思考》，载《河南大学学报》2002年第1期。

^③ 王明锁：《论中国民商立法及其模式选择》，载《法律科学》1999年第5期。

有摆脱国家利益至上的传统文化的心理制约”^①，另外，所谓的民主，就是人民当家作主，我们也用我们的人民代表大会制度实现了理论上的人民当家作主。但是现实中由于“国家利益至上”的泛化，使得这种制度缺少了具体个人的参与，具体来说，就是人民代表同具体的个人的脱节。这容易导致国家利益和个人利益的断层。“如果国家的机体遭到破坏，那么任何变革都是不可能的了。”^②其逻辑结果有二：其一，缺少了私权利的维护就会导致私权利和公权力的逻辑顺序出现错位，因为在目前的民主政治条件下，我们实行民主集中制原则，在这种原则下，权力来源于自下而上的权利集中。“权利与权力是相互依存的，人权与人民权力是法定权利的前提，公民权利是国家权力的基础，政府权力是由公民的权利和人民的权力所派生的。”^③其二，缺少了私权利的维护也会影响具体民众的参与意识从而使公权力会失去监督走向误区——公权力行使者个人职权的膨胀，“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止”^④。因为权力“倾向于合并和集中”^⑤，无论是哪种结果都会影响到法制现代化的进程，都会影响权利本位的确立，进而影响“私法人格”的确立。当然我们强调私权利并不是要否认公权力的作用，而是以私法人格的概念为突破口，进行法律层面的私法研究，通过对于人格概念的社会基础和人格概念的人性基础进行分析，来抽象出富有私法精神的“人像”，来探讨私法中的人的具体内涵。因为法律人格只是对于现实法律主体的一种法律构造，“自然人如同法人，都是法律上的构造。传统法学将自然人界定为生物意义上的人，忽略了法律规则在构造人格中的作用”^⑥。从而促成私权利本位的确立，理顺权利和权力的关系，为私法体系的独立和私法人格的科学表述打下基础。

^① 眭鸿明著：《权利确认与民法机理》，法律出版社2003年版，第18页。

^② [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第58页。

^③ 郭道辉著：《权利与权力的对立统一》，载《法学研究》1990年第4期。

^④ [法]孟德斯鸠著：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1995年版，第154页。

^⑤ [英]罗素著：《权力论》，靳建国译，东方出版社1992年版，第115页。

^⑥ [奥]凯尔森著：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第109页。

（一）人格概念的意识基础是现代市民社会中的民主精神

有关市民社会，我们在上文中已经有所论及，在此不再赘述。需要强调的就是我国目前的私法建设如何走出传统观念的束缚，我个人认为目前我们法制建设的一个重要的矛盾就是落后的私法意识不能够适应我们经济体制改革的快速步伐。具体说来就是我们目前的法制体系下，我们社会个体还不能够做到充分的表达自己的意愿。一方面我们正在进行市场经济的建设，另一方面，悠久的农耕历史和臣民社会的历史传统在我们民族意识中根深蒂固，这种意识条件下，人民很容易被排斥在主权之外，导致民主的理论失去实践的根基。因此，如何从我国的现实出发，树立与市场经济相适应的个体意识是我们目前法制建设的重要工作之一，因为“法律之所以能见效，全靠民众的服从，而遵守法律的习性须经过长期的培养。”^①另外，在目前的民主代议制条件下，所谓的国家就是“制造了称为国法的若干人为的锁链，并通过相互订立的信约将锁链的一端系在他们赋予主权的个人或议会的嘴唇上，另一端系在自己的耳朵上”^②，这样“社会契约赋予了政治实体以存在和生命，现在的问题是通过立法赋予其行动和意志了。”^③但是，“法律只是社会结合的条件，服从法律的人民应是法律的制定者，社会的条件只能由那些结合成社会的人来规定。”^④所以“贤明的立法者也不是一上来就拟定良好的法律本身，而是在此之前先观察法律所针对的人民是否能够承受这些法律”^⑤，毕竟，在目前的民主政治条件下，只有人民集中起来，国家才能发挥其重要的公仆作用，因为法律的制定是人民意志的集中，在这种条件下，法律的遵守才会成为一种自觉。其原因是在这种情况下，国家是由构成它的“个人组成，所以它没有、也不能有与他们的利益相反的利益。”^⑥所以，我们应该从人民的利益为出发点，来进行法律的设计，因为就目前我国法制建设而言，施行依法治国的治国

^① [古希腊]亚里士多德著：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第81页。

^② [英]霍布斯著：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第164页。

^③ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第30页。

^④ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第33页。

^⑤ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第38页。

^⑥ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第15页。

方略，而法律在多大程度上反映人民的利益决定了法律的实施，所以立法权也就显得尤为重要，“人的体质是自然的作品，而国家的架构是人为的作品……立法权力是国家的心脏……国家的维持靠的不是法律，而是立法权。”^①因此，人民的参与意识在法律的制定和实施中就显得尤为重要，“国家的架构越好，在公民的心目中公共事务就越高于私人事务……在一个坏政府治下，谁也懒得挪动一步去参加集会，因为谁也不关心集会上讨论的事情，大家都早就料到主导集会的不是普通意志，最终自家的事务心吞噬了一切”^②，所以，我们目前的私法建设就是要从人民出发，从人民在市场经济条件下的利益要求出发去探讨其行为的价值取向，从而使得我们的法律具有雄厚的社会基础，这不仅有利于降低法律实施的成本，更有利于私法体系的完善和社会交往的和谐。换句话说，就是从人民所关注的问题出发，构建人民和主权这一对“利益关系”。从而理顺私权利和公权力的关系。

（二）人格概念的人性基础是生物人个体的自利本性

人性问题是一个经久不衰的话题，“一切科学对于人性总是或多或少地有些联系，任何学科不论似乎与人性离的多远，它们总是通过这样或那样的途径回到人性。”^③就法学研究来说，甚至有学者认为“不同的法学学术主张可能是导源于不同的人性认识的。”^④可见人性问题对于法学研究的重要意义，“敢于为人民订立制度的人应当自信能够改变人性……他能够用一种部分的、精神的存在代替我们所有人从自然那里获得的生理的、独立的存在。总之，他必须除却人的固有的力量，而赋之以外在的、离开了他人的帮助他就无法使用的力量。这些自然地力量被消灭得越尽净，它所获得的力量就越大越持久，因此制度就越牢固越完美。”

^① [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第78～79页。

^② [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第83页。

^③ [英]休谟著：《人性论》（上册），关文运译，商务印书馆1980年版，第6页。

^④ 卓泽渊著：《法的价值论》，法律出版社2006版，第87页。

①通过卢梭的论述，我们可以得出这样的结论，所谓的立法就是从人性出发，通过人性的集中来形成理性的力量，用理性的力量进行立法，或者说，立法对于社会个体的规定都是一种法律的抽象而已。但是无论哪种结论，都是要承认社会个体的人性，以人性为基础进行制度设计。关于人性的讨论我国古代是围绕“性善说”和“性恶说”展开的，如三字经中有“人之初，性本善”的词句，《孟子·告子上》有“人性之善也，犹水之就下也。人无有不善，水无有不下。”的论断。而荀子则主张性恶说，如他在《荀子·性恶》中主张“人之性恶，其善者伪之”，就现实性而言，把人性仅仅归结为性善和性恶的两级结构过于简单，因为人性是很复杂的存在，仅仅承认此而否认彼其实就是把复杂问题简单化了，其逻辑结果肯定是人性的压抑。西方把人性的讨论集中在理性与非理性，如波斯纳主张“人是其自利的理性最大化者”“人在其生活目的、满足方面是一个理性最大化者（rational maximizer）——我们将称他为‘自利的（selfinterest）’。”②如果用这种理论来分析马克思的关于人的自然属性和社会属性的理论就会发现其理论的不足，因为无论是自然属性还是社会属性都是人这一特定化主体的生活状态，在自然状态中，人作为自然界中的一种生物，与其他生物没有任何的区别，“所有的人和其他动物在自然引导下都为自身追求利益”③但是，在随后的进化中人与其他动物出现了分别，就是人的意识性“人的意识性，使人的劳动区别于动物的劳动，并具有创造的性质。”④人的这种意识性在自利心的作用下必须进行三个利益关系的考虑：其一，个人利益与其他人的利益关系；其二，个人与其他人联合形成利益群体在对抗自然的过程中对自己利益的实现作用；其三，上述利益群体形成过程中对自己利益的关注和保护。因为人在自利心理的意识作用下发现，缺乏对于其他利益的考虑会导致自己利益的伤害，而且“在自然状态中侵害人类生

① [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第34~35页。

② [美]波斯纳著：《法律的经济分析》，转引自何勤华主编：《外国法学经典解读》，上海教育出版社2006年版，第558页。

③ [古罗马]西塞罗著：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第112页。

④ 卓泽渊著：《法的价值论》，法律出版社2006版，第103页。

存的各种障碍在强度上超过了每个个人为了维持该状态所能使用的力量……他们为了保存自己别无他法，只能集合现有力量，形成一股可以战胜破坏性力量的合力”^①，并且，对于这种结合方式的探讨贯穿了整个人类社会的思想史，也就是“找到一种结合方式，它用全部共同的力量来捍卫和保护每个结合者的人身和财产，每个人虽与众人结合，却只服从他自己，并且和从前一样自由。”^②也就是说，自利是社会个体寻求结合的内心意识本源，也是其寻求结合的内心动机。至于自然属性和社会属性，仅仅是这种自利心理在不同场合的表现而已。还有，对于中国的自私和无私的概念有必要重新进行审视。这一概念在于中国传统义务本位法结合过程中，很容易产生泛化的后果，导致无私光环下的特定性不平等。从而在法律上产生权利义务的不平衡，比如救助行为的报酬问题，再比如，甲有一苹果，乙欲取为己用，在遭到拒绝时往往会称对方的自私。另外，自私在目前中国语境下是一个贬义词，不利于个体意识的确立，而采用中性的自利一语，更有益于在利益平衡的基础上的权利义务的平衡。从某种意义上说，概念的作用在于客观的描述现实，所以，自利这一词语更有利于肯定社会个体的利益追求。我们进行研究的目的是不是否认这种利益追求，而是肯定这种利益追求，并且发现这种利益追求的弊端，进而用合适的规则去规制这种利益追求。这也许就是法律的来源“法的作用就是禁止人们放纵欲望，使那些不能按照理性行动的人能够约束自己，以维护个人正义的品德。”^③

（三）我国人格概念的价值取向是树立意志自由的独立个人

通过上面的分析，我们发现了人格背后的基础，也就是市民社会条件下的民主，并且得出人性应该是自利的这一结论。那么，接下来的工作就是法律这种社会规则体系对于人格概念在条文化规定背后的价值取向问题了，即一方面要保证

^① [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第10～11页。

^② [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第11页。

^③ 张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第30页。

人是一个单个的人。另一方面，还要承认其是生活在群体中的单个人。这是一对存在矛盾的问题，对于这一问题的回答可以说决定了整个的法律体系。其中一个重要的问题就是理清社会和个体的第一性问题：“只有当社会自我被置于个体自我之上时，才存在社会团结。”^①具体到私法来说，其代表——民法其实也就是有两项重要的规定，一个是人，一个是财产。至于法国民法典中的“取得所有权的各种方法”其实就是人与人之间就财产而发生的一种关系。按照卢梭社会契约论的理论，作为社会个体来讲，主要需要关注两个方面的关系，一个是个人与个人之间的关系，另一个就是个人与群体之间的关系。无论是哪种关系的考虑，都是人与人之间关系的一个扩大或是翻版，就目前的民主政治条件下，作为立法者，一方面要赋予个体以充分的自由和平等，以做到个人独立，另一方面，还要对于这种自由进行法律技术层面的限制，使社会个体的行为能够存在于群体利益所能够容忍的范围之内。

我们进行人格概念研究的一切努力都是要在人性解放的基础上实现人的独立和自主。并将这种精神通过立法上升为国家的法律。这需要考虑一个问题，就是国家法律的信誉问题，具体来说就是什么样的法律才会得到人民的认可，并形成社会的法律意识。这需要考虑我国的现实性问题，因为“为某一国人民而制定的法律，应该是非常适合于该国的人民的；所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话，那只能是非常凑巧的事。”^②而我国“与商品经济相适应的现代法律观念很难得到社会成员的广泛认同。而封建的传统法律观念在国家至上和社会本位的招牌下就获得新的发展”^③这需要我们进行人格独立性问题的研究，用自由和平等的观念去武装人民的意识，而不是仅仅武装空洞的法条。相对于法条来说，法律观念才是实在的法律“所有法律中最重要的一种。它既不是刻在石头上，也不是刻在青铜上，而是刻在公民的心里，它造就了国家的真正架构，并且每天

^① [法]丹尼尔·贝尔著：《资本主义文化矛盾》，赵一凡等译，三联书店1989年版，第71页。

^② [法]孟德斯鸠著：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1961年版，第7页。

^③ 公丕祥著：《法哲学与法制现代化》，南京师范大学出版社1998年版，第544页。

都在获得新的力量；当其他法律过时或失效时，它使其焕发活力或取而代之。”^①毕竟，在现代的民主政治条件下“共同体由其成员组成，没有共同体的成员，它就什么也不是。因此，共同体利益必定同一于其成员的利益。”^②但是这种统一必须是社会个体能够独立考虑自己的利益欲求，然后通过民主的方式把自己的意愿上升为群体意愿。这需要自由和平等观念的引入“之所以是‘自由’，是因为一切个别的依附都是对国家这一实体的力量的消弱；之所以是‘平等’，是因为如果没有平等，自由亦不复存在。”^③也就是说，社会个体能够把自己的意志在自由独立的基础上进行表达，并且能够通过自主性的表达做到对于国家这一共同体的权力进行限制。因为“爱国热情的降低、私人利益的勃兴、国土的辽阔、东征西讨、政府的滥用权力等使人想起了在国家的集会中设立人民的议员和代表的途径。”^④但是，如果社会个体不能够独立，这样就会影响其参与公共事务的热情，这样也就很容易出现民主理论与实践的断层。所以，对于社会个体来说，他们除了受自己的意志支配，并对自己的意志表达进行负责以外不能受到任何的约束，这种理念体现于现代的法制观念，尤其体现于私法领域。比如就民法的性质而言，民法是权利法、原则上的私法、市民法^⑤，只有这样，才能实现真正的民主集中，因为现代法律“按其真正的含义而言与其说是限制不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益，他并不在受着法律约束的人们的一般福祉范围之外作出规定。假如没有法律他们会更快乐的话，那么法律作为一件无用之物自己就会消灭。”^⑥

^① [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第48页。

^② [法]A·J·M·米尔恩著：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1995年版，第11页。

^③ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第45页。

^④ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第84页。

^⑤ 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社2002版，第22页。

^⑥ [英]洛克著：《政府论》（上篇），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1982年版，第35页。

（四）我国人格概念的设计定位于私权平等

我们进行了人性和与之相关的利益问题讨论之后发现了一个问题，就是自由基础上的民主容易造成泛滥，另外一旦通过权利集中上升为权力之后也会导致权力的集中和滥用，这样，我们讨论的社会个体的独立问题也就成为了一种空中楼阁似的理论假设，不会对现实中的社会个体的利益带来实质性的帮助。而从某种意义上说，失去受众的理论不管他多么的完美，也是没有生命力的，这如同插在花瓶中的花朵，不管多么的美丽，由于没有土壤的原因，枯萎和被弃是其不可逃避的宿命，这需要找到一种理论，或是法制运行机制，“找到一种结合方式，它用全部共同的力量来捍卫和保护每个结合者的人身和财产，每个人虽与众人结合，却只服从他自己，并且和从前一样自由。”^①即私权互动促成法律人格的形成；另外，私权与公权的互动促成法律人格的确立：

第一，私权互动促成法律人格的形成。这一问题的讨论涉及两个问题，一个就是社会个体的自由独立。因为，只有社会个体的自由独立才可以使社会个体能够代表自己的意志，作为一个主体进入到社会领域，参加社会关系的交往。另一个问题就是所有社会个体的平等交往机会。在平等的条件下，促使社会个体出于自己的利益免受他人侵害的自利心理考虑，去尊重他人的利益。这样每个人都以尊重他人为条件来换得他人尊重自己行为自由的权利，黑格尔更是一针见血，提出“所以法的命令是：做一个人，并尊重他人为人”^②这样，如同前已论及的，促成了理性的形成和私权观念的确立。私权观念的确立使得社会个体摆脱了土地和身份的限制成为一个“有尊严的存在，是自己和自己命运的主人，他忠实于自己的约定，觉悟到自己责任的存在”^③，另外“赋予人的权利和确认人的价值尊严实质上是一回事，只有承认人的人格、尊严，才能通过法律规定人的权利。”^④

^① [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第11页。

^② [德]黑格尔著：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务出版社1961版，第46页。

^③ [日]星野英一著：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社2004版，第35页。

^④ 眭鸿明著：《权利确认与民法机理》，法律出版社2003年版，第18页。

第二，私权与公权的互动促成法律人格的确立。在上面分析的基础上，我们讨论了人格的确立，下面不得不说的就是对这种独立进行规则的界定问题了，也就是民主规则的运行问题，因为“所有的人民都有一种离心的力量，这种离心力就像笛卡儿所说的漩涡一样，使人民摩擦不断，损人利己。”^①这只能借助于公权力的立法行为，其他方式，比如说革命不能起到规则的确立作用“动乱可以摧毁人民，革命并不能恢复它，一旦枷锁被打碎，人民就变为一盘散沙、不复存在了”^②因为激情缺失了理性之后会像决堤的洪水一样摧毁一切！与其克制激情不如为激情设置一个行进的路标！正如卢梭关于民主问题的重要论断“从‘民主’一词的严格意义上说，从来就不存在、也永远不会存在真正的民主。”“人生来就是自由的，却无不处于枷锁之中”^③我国十年动乱的历史实践也证明了这一论断的科学性。另外的问题就是社会个体自主和公共权力集中的问题，虽然西方在经历了自由资本主义进入垄断资本主义后开始了国家对于公共事务的干预，“为适应高度社会化生产的要求，将权利本位的立法思想转向更注重社会利益和社会公平的本位”^④但是，“和人一样，各民族也有一个成熟时期，必须等到这个时候才能将其置于法律之下。”^⑤也就是说，法律是特定历史阶段下的产物，就中国的义务本位法传统而言，应该加大个人权利的保护，通过个人利益的合法追求来形成理性，使个体的利益追求在理性的约束下进行，这样“他在追求他自己的利益时促进社会的利益，常常比他实在想促进时还更有效果。”^⑥，一旦这种结果发生的话，就会使社会个体在利益对比的情况下形成利益共同体，这样，就会产生限制国家权力的市民社会意识。否则，一般社会个体即使通过民主形成国家权力，但是一旦国家权力形成之后出现滥用，由于社会个体力量的单薄性原因也不会对于权力

^① [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第41页。

^② [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第39页。

^③ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第58页，第1页。

^④ 刘心稳主编：《中国民法学研究评述》，中国政法大学出版社1996年版，第38页。

^⑤ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社2003年版，第39页。

^⑥ 转引自[法]米尔顿·弗里德曼、罗斯·弗里德曼著：《自由选择：个人声明》，胡骑等译，商务印书馆1982年版，第8页。

有任何的牵制作用，最后不可避免的出现民主在理论和现实上的断层，从而影响一般民众的法制观念的形成。需要补充的是，我们在强调个体利益的时候并不是要消弱公共权力，而是要理顺公权力和私权利的运行机制，规范权力的运行方式而已，这也就决定了突出人格的重要性。

四、人格概念的科学表述及立法建议

（一）人格概念的科学表述

人格是现代法制视野下，对于法律主体的一种抽象，其目的就是要对自然状态下的法律主体进行适格者选择——进行法律视野下的塑造，由于我们没有经过自然法观念的熏陶和洗涤。“社会主义国家的民事立法全面摒弃自然法观念，认为自然界的人享有的权利主体资格不是天赋的和与生俱来的，而是由法律赋予的，因此公民的权利能力是可以依法加以限制的。而社会主义实行的是公有制和计划经济，整个社会高度政治化，市民社会被政治国家所淹没，在这种社会条件下，民法不再被认为是私法，而是公法”^①，所以，我们缺少法律主体背后的“人像”的分析。因此，在我国私法建设三十多年后的今天，在进行民法典立法的背景条件下，人格权是否单独成编的一个重要前提就是对人格概念进行界定和科学表述。即“人通过‘手术’被改造为法律上的人——法律主体（人格人）”^②。私法人格的科学表述应该为：人格就是法律适格者的标准，是法律对于市民社会主体的一种抽象，其具有内在的意思表示，并能够通过一定的方式把这种意思表示表示于外部，同时，能够对这种意思表示所产生的社会后果负责。下面，有必要对人格概念的两个因素——意思表示和责任能力进行深入分析。

^① 李秀清著：《中国移植苏联民法模式考》，载《中国社会科学》2002年第5期。

^② 李永军著：《民法总论》，法律出版社2006年版，第183页。

1. 意思表示是人格概念中的伦理性构成

意思表示在私法乃至整个法制体系中都处于基础性的地位，其基础性的重要地位及其浩繁的内涵不是本文所表述的重点，本文意欲在私法的背景条件下对于意思表示在构成人格中的作用做一个浅显的分析，同时，揭示意思表示在人从自然生物到社会人再到法律人过程中的作用。

(1) 意思表示的构成和概念

意思表示这一概念是“德国学者沃尔夫（Christian Wolf）在 18 世纪首次在其《自然法论》中提出并阐明了意思表示这一概念，在随后的 19 世纪意思表示成为历史法学派与注释法学派的基本概念”^①由于其涉及行为主体主观内心意识，所以一直以来就是学界一个非常复杂的问题，下面我们通过从意思表示的构成分析开始，来探讨意思表示的概念：

第一，意思表示的构成。由于意思表示无法排除其主观色彩，加之其在私法体系中的重要作用，其构成一直以来就是学界争论的焦点，就目前的学说来讲，主要有以下三方面：其一，德国传统民法将这一内容细化分为“目的意思+效果意思+表示意识+行为意思+表示行为。其中，前四项为内在的意思要素，最后一项则为外在的表示要素。”^②其二，日本学者山本敬三认为“意思表示由三部分构成，即效果意思+表示意思+表示行为。”^③另外一位日本学者富井政章认为：“意思表示即表彰其意思于外形也。意思发表于外，始成为行为，故意思表示必具意思与表示二元素。”^④其三，我国台湾学者王泽鉴先生就认为“意思表示系有两个要素所构成：一为内心意思；一为此项内心意思的外部表示。内心意思如何难以测知，须经由表示行为而使其在外部上可以认识‘意思’依其‘表示’而客观化，二者合为一体，构成意思表示，故意思表示可分为客观要件及主观要件。”

^① 沈达明等编著：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社 1992 年版，第 49 页。

^② [德]科勒著：《德国民法典·总则》，第 125～126 页，转引自童安生著：《民事法律行为》，中国人民大学出版社 1994 年版，第 224 页。

^③ [日]山本敬三著：《民法要义》，解亘译，北京大学出版社 2004 年版，第 85 页。

^④ [日]富井政章著：《民法原论》（第 1 卷），陈海瀛译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 240 页。

①” 史尚宽先生也持有相似观点“意思表示的成立，须有外部的表示行为及内部行为意思及表示意识”②另外一位台湾学者曾荣振则从法效果的角度予以论述“意思表示的基本构成要件包括目的意思、法效意思及表示行为三项。”③综合分析以上观点：首先，德国传统观点过于繁琐，并且在实务中也无从考证行为主体的内心意思，即使对其内心的目的意思的考证也是通过其外在表示行为进行分析的过程中所形成的一种主观臆测。另外，主体的行为意思和表示行为其实是一个内涵，只是二者的外在表现不同而已。还有就是法律应该具有确定性和可操作的品德，以此为基础来考察意思表示应该减少法律对于其不能确定因素的考察从而做到降低法律调整的社会成本，做到法律调整和道德调整的合理分工。其次，我们在私法背景条件下，从树立法律人格的立场出发来探讨意思表示就应该从意思表示的形成（行为主体的内心动机）开始来讨论意思表示的构成及其原因，其理由有二：其一，私法是涉及个人利益的法，也就是说法律的出发点和落脚点要充分尊重当事人的主观意识，也就是通说的私法自治；其二，作为一个法律的概念，其不可避免的要发生两个平行的关系，一个是表意人与相对人的关系，另一个就是以法为半径对于意思表示所为的衡量整体，即法律对于表意人和相对人共同完成的意思表示的判断。最后，法律概念的继受是在语言文字的基础上进行的，对于继受的法律概念进行本土语言的表述要考虑到受众的语言习惯和内涵理解。鉴于上述理由可以发现，日本学者和台湾学者对于意思表示的归纳更有利于从意思表示的形成开始，从整体上把握意思表示的确切内涵。即，从中文的构词角度：从把意思表示视为表意过程的视角来把握意思表示的内涵更为贴切。意思表示这一术语应该包含两个部分：意思和表示。意思就是法律主体内心的精神状态和社会效果欲图，表示是外在表示，即法律主体对于前述精神状态和社会效果的为社会其他法律主体所能够理解的表示行为。具体分为：意、思、表和示四个部分。“意”

① 王泽鉴著：《民法总则》，中国政法大学出版社2001版，第335～336页。

② 史尚宽著：《民法总论》，中国政法大学出版社2000版，第347～348页。

③ 曾荣振著：《民法总整理》，三民书局1981年版，第73～74页。

就是法律主体内心的精神状态，相当于通说中的动机；“思”是效果意思，即表意人基于内心目的想要通过表示行为达到的外在可视效果；“表”是表示行为，即效果意思的外在表现，“示”是从受体而言的，即受体对于这种表示行为的理解状态，这体现了行为主体内心意思的私法过滤，即从私法的角度对于这一过程的意志一贯性进行判断，四个环节只要出现误差就会出现不同的法律效果，进而判断法律责任的承担。至于承担的比例则是通过把意思表示分为主观方面和客观方面来决定的，通过追究误差发生在过程中的位置来确定责任的承担。通过上述分析，意思表示的定义应表述为：法律主体将其内心的精神状态和社会效果欲图表现于外部，为社会和其他法律主体所能理解的行为及过程。

（2）意思表示是人格概念中的伦理性构成

按照一般的民法教科书，民事法律事实是民事法律关系发生、变更与消灭的原因，而民事法律事实一般又被分为行为和事件，事件与人的意志无关，所以在此不作讨论。而法律行为是法律调整社会关系的工具，由于法律并不直接调整法律主体的内在精神状态，而是通过法律行为制度来调整人们外在的意思表示，从而间接的调整法律主体的内在精神状态。如拉伦茨就主张“每个人都通过法律行为的手段来构建他与其他人之间的法律关系。法律行为是实现德国民法典的基本原则——私法自治的工具。”^①德国法学家萨维尼对于法律行为的论述也持此观点“萨氏提出法律行为的‘意思学说’，将‘法律行为’与‘意思表示’相提并论”^②因此，可见，私法条件下对于意思表示的态度和观念决定了其视野下的法律主体——人格的完善程度，“私权的本质在于与权利人的愿望相结合”^③，同时“只有在当事人互不隶属的条件下，才能自主地表达自己的意志”^④，同样只有意志自由了才能够做到真正的平等，才能为私法条件下的人格培育合适的土壤。可见意思表示决定了私法条件下人格的确立。

^① [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第426页。

^② 张文显主编：《法理学》，北京大学出版社、高等教育出版社2003年版，第120页。

^③ [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第122页。

^④ 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社2002版，第46页。

那么私法背景下的人是经过了何种技术处理才得以存在的呢？首先，民法中“人”的观念已淡化了人的生物学属性，而更多地将“人”作为一个“表达意思的机器”但是其意思的表达也不是为所欲为的，也就是说，这个“人”作为意思表示的机器，其运转也要有一定的限制，这种限制的内在机理就是无论是在你自己，还是在任何其他一个人，你都应将人类看做是目的，而永远不要看做是手段。也就是通说的法律人文主义，在这里，需要对“人”进行“人类”层面的理解，这样逻辑结果就变成：首先，每一个人都是主体，当每一个人都为了“类”中的每一个个体服务的时候其实也是为了整个的“类”服务；其次，所有的人都是主体，所有人行为的目的都是为了整个人类的发展，其结果就是整个“类”对于个体的认同；最后，其隐含的含义就是所有的人都在这一个背景条件下行为，其实也就是说所有的人都是平等的，平等赋予行为主体的表现就是意志自由，而每个人的意志自由对于平等的反馈就是要对这种自由表达的意志负责。另外，在目前的法制背景下，社会个体其实是生活在法律关系中的，而意思表示是人参加社会私法关系的唯一媒介。这样，通过对意思表示的把握把“人”从类别中解放出来成为单个的人，也就是——人格。

2. 责任能力是人格概念的社会性构成

(1) 责任能力的概念

责任能力这一概念来源于德国民法，是对 Verschuldensfähigkeit 的翻译，现在都译为过错责任，在过去有译为“责任能力”的，根据法律规定，其必须具备一定的前提，包括最低年龄、精神上的成熟程度、无意识障碍等方面^①。另外，“不法行为能力或过失责任能力是指对自己的过失行为能承担责任的能力。”^②很显然，其把责任能力的范畴限制在了“不法行为能力和过失责任能力”，从微观角度讲法律具有调整和保护的作用，如果从整个私法的角度来讲，主体还应该对

^① [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 51 页。

^② [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 156 页。

于其适法行为承担责任，只不过法律对于这种行为方式的调整处于潜在的位置。这只是法律调整方法的不同，并不是事实上的有无问题，应该慎重区分，因此，责任能力的概念表述就应该是：行为主体对自己的意思表示所有可能产生的一切适法效果负责的能力。

对于这一概念的理解包括：

第一，责任能力就本质来说，其与权利能力一样，都是主体的一种能力，“权利能力既是权利主体的前提，又是其一种基本能力。”^①“（法律上的）人是指那些能够以自己的意愿为某一行为的主体。”^②这种“能够”也反映了主体的一种能力，康德提出这一理论的目的，是为了将人作为个体，从其整体资源出发找到其为自己负责任的根源，并在这一基础上建立人的概念理论。所以说，这个在某些方面上可以理解为在社会范畴内的“自然资源”。

第二，这反映了法律视角下的法律力的平衡在社会个体身上的体现，通过这种平衡，塑造了法律人——人格。这种平衡在罗马法阶段是以身份为表征的。在罗马法中，人格的享有需要具有自由权、市民权和家族权。“当时还不曾用现代的‘权利能力’一词来概括这种资格，而用人格或是人格权（caput）来总称这三权”^③为什么要同时具有这三种权利才具有法律人格呢？这是由于民事主体所具有的特定内涵决定的，一方面，其要有意志表示，并且这种意志表示能够在外化的过程中产生社会效果——进入到法的领域，只有具有自由权的主体才有这种内涵，对于没有自由权的奴隶来说，他们的意志表示是没有任何的法律效果，因为他们只是物而已。另一方面，民事责任主要是财产责任，没有财产的情况下会导致法律关系的失衡和立法目的落空，而根据十二铜表法制定，如十二铜表法的第一表第五条“效忠着及归顺之人与罗马人民一样有立约及让与的权利”而《法学阶梯》中对于人民又进行了新的界定“事实上，人民的名称用来指全体市民，也包括贵

^① 龙卫球著：《民法总论》，中国法制出版社2001年4月版，第188页。

^② 转引自[德]汉斯·哈腾鲍尔：《民法上的人》，孙宪忠译，载 <http://www.ccelaws.com>，2004年12月1日，最后访问日期：2009-12-28。

^③ 周相著：《罗马法原论》（上），商务印书馆1994年版，第107页。

族和元老”^①拥有贵族和市民权的人才拥有财产。只有家长才能够拥有财产，“家庭是法定单位，家庭的首脑——‘家父（paterfamilias）’是唯一为法律所承认的完人。……只有家父能够拥有财产，一切又其子女取得的东西均归他所有。”^②继承制度也是如此，在罗马法的遗嘱继承中，“立遗嘱的目的首先不是为了分割财产，而是指定继承人。”^③更重要的是“把家族代表权移转给一个新族长的许多方法中的一种”^④需要说明的是通过人格减等和家长权的身份立法，使得人身侵权责任中的精神利益的责任承担方式的利益失衡有回复的可能性从人格概念的起源来看，罗马法在法律主体的自由权、市民权和家族权进行了法律技术方面的处理，而称之为人格。随着近代人文主义的发展，主体资格扩大到了每一个自然人，另外也赋予了法人等其他主体，这样，其主体资格的重要表征就变为了意思表示了，即通过意思自治来展示的平等内涵。最后，责任能力也是一种立法技术的处理方式。

（2）责任能力在人格概念中的社会性作用

通过前文的意思表示的论述和责任能力属性的分析，我们可以发现，责任能力在人格树立中的重要作用是着眼点在于人的社会属性——为了确立以每一个社会个体为中心的整体社会关系的稳定与平衡。因为从理性角度讲，任何法律上的主体都只能是一个确定的社会背景中的单一个体。社会是按照单一个体的意志组成的，是由单一个体组织起来的社会进行统治的。所以在法律上必须首先考虑的是单一个体，然后才是负担着具体个体生存的社会。具体来说，“每一个人都有权要求其他任何人尊重他的人格、不侵犯他的生存（生命、身体、健康）和他的私人领域；相应的，每个人对其他任何人都必须承担这种尊重他人人格及不侵犯他人权利的义务。”^⑤这种负责体现了两个方面的价值取向。一个就是从社会资

^① [古罗马]优士丁尼著：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社1999年版，第17页。

^② [英]梅因著：《古代法》，李玄伯译，中国政法大学出版社2005年版，第54页。

^③ 费安玲著：《罗马继承法研究》，中国政法大学出版社2000年版，第105页。

^④ [英]梅因著：《古代法》，李玄伯译，中国政法大学出版社2005年版，第54页。

^⑤ [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第47页。

源共生性的角度出发实现意思表示的有效性，另一个是从社会资源的利益最大化的角度来分析，意思表示的可实现性依赖于意思表示主体对于这种表示负责的程度和可能性，这种负责来源于商品经济条件下的平等性。商品经济条件下的商品交换，一方面有交换的欲求，另一方面能够提供商品或者说是货币，只有具备这样的条件交换才能顺畅进行。另外，自然法的内涵毕竟相对抽象，自然法对于社会主体的影响毕竟不能是直接的，因为自然法的主要功效在于法制精神的重塑，而对于社会生活的现实关注则需要实定法本身的作用。这一法律思想在民事主体制度设计上的表现就是人之所以为人的人格问题。也就是说赋予主体权利能力、行为能力和责任能力^①，从哲学角度讲，法律责任其实就是一种义务，就是在社会交往的过程中，“因某种行为而产生的受惩罚的义务及对引起的损害予以赔偿或用别的方法予以补偿的义务”^②由于“人们对物质生活和精神生活满足的追求中，争分出现，侵害发生，人身受到损害，稳定与和平的要求迫切了，为了维护社会的整体利益，国际机器与法律规范出现了，遂将人与人之间有关人格与身份的关系上升为一种法律关系，形成了一种权利和义务关系”。^③从社会契约的角度讲“社会契约赋予了政治实体以存在和生命，现在的问题就是通过立法赋予其行动和意志了”^④通过上面的分析，我们可以得出这样的结论，法律责任的制度是法律关系中补救性措施，是对意思自治的保护性的公法救济，因为“每个人既然把自己奉献给所有的人，他就等于没有奉献给任何人。”^⑤一方面有充分的自由的权利，另一方面还要负有保证他人自由的义务，一旦这种义务没有履行，那么权利和义务的平衡就会被打破，在这个时候，法律出于保护社会平衡和个体自由的角度，会强制违法者做出一定的行为或是禁止其作出一定的行为，从而补救受到侵害的合法权益，从而使权利义务回复到原来的平衡状态。在这里，法律责任的功能就是

^① [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第120页。

^② 《布莱克法律词典》，美国西部出版社1983年版，第1197页。

^③ 王明锁：《人身权制度与中国民商法的法典化》，载《河南省政法管理干部学院学报》1999年第5期。

^④ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社1988年版，第30页。

^⑤ [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社1988年版，第12页。

矫正法律关系，对于失衡的权利义务关系进行重新的分配和确认。从而维护社会秩序的有序性。

（二）人格概念的立法建议及其理由

1. 人格概念的立法建议

在目前我国民法典的立法背景下，关于人格立法的争论是多种多样的，如人格权立法的人文主义和“物文主义”的争论^①；人格权是否应独立成编的争论^②等等，但是这种争论的一个共同前提就是承认人格术语的存在和在未来民法典中设立总则的必要。就目前我国《民法通则》的规定而言，其在第一章第1条中规定：为了保障公民、法人的合法的民事权益，正确调整民事关系……制定本法。在第二章规定了公民（自然人），第三章规定了法人。而对于人格属性的权利能力和行为能力而言仅仅在第二章第一节中进行了规定，至于人格权方面的规定则是在第五章“民事权利”中予以规定，这种规定方式对于法典编纂来讲过于松散。另外，就自然人和法人而言，其一方面不能够涵盖全部的私法主体，另一方面缺少一个提纲挈领式的总括条文也难以适应市场经济条件下日新月异的主体变换。因此，就人格立法来讲首先要肯定的是人身权编独立的必要性，并且人身权编应该包括人格权和身份权两大部分。然后是在总则中规定人格概念，其表述为：本法所称人格即法主体的标准或者是资格，具体而言就是具有独立的意思表示，并能对其意思表示负责的所有社会主体。用这样一个规定来涵盖所有的主体，从而为法人等其他人格权的存在提供依据。这种立法体例也符合大陆法系的相承脉络。就目前国外的立法例来讲，肇始于《法国民法典》的大陆法系民法典都确定了“人”这一规定，虽然《法国民法典》没有总则部分，但其在第一编规定了“人”然后用

^① 徐国栋：《两种民法典起草思路》，载《民法总则论文选萃》中国法制出版社2004年版，第390～427页。

^② 这种争论主要在梁慧星先生和王利明先生之间展开，其中梁慧星先生主张人格权不应该单独成编，参见梁慧星：《民法典不应单独设立人格权编》载《法制日报》2002年8月4日，王利明先生主张人格权应该单独成编，参见王利明：《人格权制度在中国民法典中的地位》，载《法学研究》2003年第2期。

民事权利的享有和丧失、身份证书、住所等法律力对于“人”这一主体进行了界定^①。随后的《德国民法典》在总则的第一编第一章规定了“人”并规定了自然人、社团、财团、公法人^②，但是对于法律主体的规定还是缺少一个上位性的、总括性的规定，从而使得法的解释和使用难于灵活。随后的《瑞士民法典》中确定了人格法独立成编的立法体例，在第一编第一章中规定了自然人，把“人格”放于第一章自然人的第一节并在其下规定了“人格的一般规定”部分^③，其优点就在于确立人格的一般规定，弥补了上述两个民法典的不足，对于法律主体的规定实现了从概括到具体的涵盖。这种立法例被后来的《日本民法典》所借鉴，虽然，在《日本民法典》中没有采用“人格”这一术语，理由如前所述，是日本没有调和好人格和权利能力这两个术语。但其第一章规定了人，然后在第一节规定了私权的享有^④。我国民国时期的民事立法采用了瑞士的人格立法体例“人格（Personnalichkeit）较之财产，尤为重要。其应保护，盖无疑议。然自拿破仑法典以下，多注重个人契约之形式的自由，而漠视人格之保护。……而于能力、自由、姓名及一般人格权之保护为规定者，以瑞士民法为始（瑞民二七条至三零条）。土耳其民法从之（土民二三条至二六条）。我民法第十六条至第十九条，关于人格保护之规定盖从瑞民法之例也”^⑤。

2. 人格概念立法的理由

在目前的市场经济改革的背景下，进行人格的立法是必要的，其理由如下：

第一，从理论上讲，进行人格概念的立法表述是保护个人私权的必要，市场经济条件下所形成的市民社会是私法的基础，自由和平等是其价值选择，这决定了私法是这种社会的基本法，这在某些方面上促成了梅因“一个国家文化的高低看它的民法和刑法的比例就能知道（大凡半开化的国家民法少而刑法多，进化的

^① 参见《法国民法典》，李浩培、吴传姬、孙鸣岗译，商务出版社1997年版。

^② 参见《德国民法典》，杜景林、卢堪译，中国政法大学出版社。

^③ 参见《瑞士民法典》，殷生根译，法律出版社1987年版。

^④ 参见《日本民法典》，王书江译，中国法制出版社2000年版。

^⑤ 史尚宽著：《民法总论》，正大印书馆，中华民国六十九年一月版。

国家民法多而刑法少)”^①的观点,这种结论对于我们进行人格概念立法的意义就是通过这种结论的得出,更加确定了“人”的私法属性的必要性,因为“人为社会之本。天地人,人为中心。天下之本在国,国之本在家,家之本在个人。”^②这种结论也可以通过国外民法典立法过程中对于人的立法现实找到证明。

现代私法来源于罗马法,罗马法是“以私有制为基础的法律的最完备形式”^③“以致一切后来的法律都不能对它作任何实质性的修改”^④,因此,我们也应该从罗马法开始,在罗马法中,人是三种表现形式:homo、caput、persona,“罗马法上有三个关于人的概念,即霍谟(Homo)、卡布特(caput)和泊尔梭那(persona)”^⑤并不是每一个具有生物学意义的人(homo)都是社会的主体,“罗马法之所谓人,实与自然法上之人,有广狭不同之意义矣”^⑥,“在罗马上,权利义务的主体在外延上与自然人不同……在罗马法上,要作为完全的权利义务主体,需要具有自由权、市民权和家族权”^⑦但是,在罗马法那里,随着市场经济的范围扩大和自然法理论的研究,罗马法上的人经历了从市民法到万民法的演变。“公元前27年,奥古斯都(Augustus)废除了共和制,实行元首政治……商业和手工业极为繁荣,商品经济得到高度发展,使罗马帝国出现了二百年的经济繁荣时期。这一时期,各民族人民的平等权利得到充分的体现,并且罗马境内的居民一般都取得了市民权,市民法与万民法逐渐融合。”^⑧如十二铜表法的第一表第五条“效忠着及归顺之人与罗马人民一样有立约及让与的权利”,与此同时,对于人格还存在人格减等的规定(在罗马法中,有人格变更的技术性处理方式)和赋予奴隶以人格的办法赋予奴隶以公民法,因此被释放的奴隶可以参加政治生活,可以和自由民通婚

^① 转引自王明锁:《论中国民商立法及其模式选择》,载《法律科学》,1999年第5期。

^② 王明锁:《人身权制度与中国民商法的法典化》,载《河南省政法管理干部学院学报》1999年第6期。

^③ [德]卡·马克思、弗·恩格斯著:《德意志意识形态》,载《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社1972年版,第143页。

^④ [德]卡·马克思、弗·恩格斯著:《马克思恩格斯全集》(第21卷),人民出版社1972年版,第454页。

^⑤ 周枏著:《罗马法原论》(上),商务印书馆1994年版,第106页。

^⑥ 陈朝壁著:《罗马法原论》(上),商务印书馆1937年版,第32页。

^⑦ 周枏著:《罗马法原论》(上),商务印书馆1994年版,第106页。

^⑧ 何勤华、魏琼主编:《西方民法史》,北京大学出版社2006年版,第83页。

“某些帝国早期最富有、最有力和最著名的人物，是释放奴中的成员”“奴隶常被允许拥有自己的财产，并且，在帝国早期，其财产往往相当可观”^①至于到了近代，随着工商业的发展，资产阶级的壮大，商品成为最具权威的社会关系的媒介，商品按照马克思的理论是使用价值和价值的同一体，商品价值衡量标准的一致性决定了商品所有者的平等身份，而使用价值的差别则要求其所有者能够自由的进行交换。于是有关自由、平等的立法理念通过文艺复兴和启蒙运动的理论加工和资产阶级革命的革命实践最终导致了现代民法经典之作《法国民法典》，《法国民法典》第8条：“所有法国人均享有私权。”把人格赋予了所有的法国人但是对于殖民地中的奴隶和外国人则未予规定，事实就是《法国民法典》的人格不是赋予了所有的自然人！1794年《普鲁士一般邦法》的第一编第一部第一条规定：“人在市民社会中只要享有一定权利，便被称为法律人格”；《奥地利民法典》第16条：“任何人生来就因理性而获得明确的天赋的权利，故得作为（法的）人格而被看待。”第18条：“任何人都具有在法定条件下取得权利之能力。”《德国民法典》第1条：“自然人的权利能力始于出生，终于死亡。”这些都是自然人在近代民事立法中的法律地位的表述，即所有的自然人都享有完全平等的法律人格。这也是第一次使用自然人的概念，这样立法就把人格赋予了所有生物学意义上的人。不仅如此，《德国民法典》还承认团体得享有法律人格，成为私法主体。《德国民法典》用权利能力来界定自然人及其法人的法律主体地位，此种立法体例为瑞士、日本等国的民法所继受。纵观肇始于罗马法的私法建设历史，可以发现对于人格的立法呈现一种重要的趋势，即享有人格的主体呈现扩大的趋势。即实现了从homo、caput和persona到personality的同一：从伦理性到伦理性与技术性相结合；调整主体从具体的人到抽象的人。从部分自然人到全部自然人甚至包括团体的立法趋势。因此有必要对“人格”这一法律主体的上位概念作立法方面的表述。

^① [英]R.H.巴洛著：《罗马法》，黄韬译，上海人民出版社2000版，第109页。

第二，从现实角度讲，在将来的民法典总则中进行人格概念的立法是树立私法中的人的需要，是私法体系彻底独立的需求，因为在大陆法系的背景条件下，如果不在法典中设立人格概念，那么，随之而来的人格利益和人格权立法就会稍显突兀。另外离开了人格概念的确立，也会使得有关人格问题的争论显得飘渺不定。还有，在将来的民法典立法中进行人格概念立法是成文法系的立法传统的需要。法律具有确定性的必要，但是法律是社会生活的反映，这就同不断变化的社会产生了矛盾，在总则中进行人格概念的表述就能够对相关的人格概念问题起到提纲挈领的作用，从而在未来的人格权立法中设立一个可供参详的标准。

结 语

人格就是法律的主体，是法律对于市民社会主体的一种抽象，其具有内在的意思表示，并能够通过一定的方式把这种意思表示表示于外部，同时，能够对这种意思表示所产生的社会后果负责。换句话说——用市场的语言，意思表示是一个交换的过程，而责任能力则是这一交换过程的成本。只不过这一交换不仅涉及到经济领域的财产范畴，还要涉及到社会领域的社会个体的社会属性范畴。但是其本质却具有惊人的相似性。

从广义或者说泛化的角度讲，法律只不过是社会主体进行利益分配的规则罢了。因此离开了对法律主体——人格的把握将割裂法律的制定和实施的连贯性。并最终会影响到法律主体的社会欲求。这就决定了法律人格的研究显得极为重要了。但作为法律主体，其毕竟是生活在特定时空下的主体，受地理、历史、经济生活方式的制约。具体到新中国的私法建设来讲，我们改革开放已经三十年了，在这三十年里，私法从无到有发展壮大，其成果确实令人振奋，但是，我们也应该看到，法律意识的提高不是朝发夕至的事！研究法律人格，树立法律人格也就显得尤为必要了。

法律人格，也就是法律主体，其首先是一个私法的主体，然后才是公法的主体。这一特点是由于市场经济的特性决定的，在我国目前的市场经济条件下，用法律的技术手段去界定与商品经济相适应的市民社会主体，其处理的力度和结果将影响到市场经济的发展速度和健康程度。因为，只有突出私人利益才能促成理性观念的形成，而理性观念是法律意识的土壤。在这一逻辑的推理下，就是要用法律责任而不是道德责任去限制私法主体的意思表示。这一点对于我国目前的私法建设的重要意义有两点：其一，突破传统自然经济的封闭性，通过保护私人利益来促成私法主体进入市场领域，而市场领域在广度和力度上的加大也势必促成市民社会的形成，从而为法制培育深厚的土壤。其二，通过对私人利益的尊重，解放人性，从而塑造私法主体的权利意识，培育公权力的制衡力，理顺法制建设的逻辑顺序。这同样也会在保护私人合法权益的基础上保护市场经济条件下的利益平衡，稳定市场经济的交换关系，从另一个方面去巩固市民社会的法制建设成果。

参考文献

一、著作类：

1. 杨立新著：《人格权法》，中国法制出版社 2005 版。
2. 周相著：《罗马法原论》，商务印书馆 1994 年版。
3. 黄风著：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社 2003 版。
4. 费安玲著：《罗马继承法研究》，中国政法大学出版社 2000 年版。
5. 费安玲主编：《私法的理念与制度》，中国政法大学出版社 2005 年版。
6. 陈朝璧著：《罗马法原理》，商务印书馆 1937 年版。
7. 邱汉平著：《罗马法》，朱俊勘校，中国方正出版社 2004 版。
8. 王泽鉴著：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 版。
9. 史尚宽著：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 版。
10. 张文显主编：《法理学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2003 年版。
11. 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 2002 版。
12. 魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社高等教育出版社 2000 年版。
13. 郑玉波著：《民法总则》中国政法大学出版社 2003 版。
14. [英] 戴维·M·沃克主编：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1988 年版。
15. [日] 星野英一著：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社 2004 年版。
16. [古罗马] 优士丁尼著：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社 1999 年版。
17. [英] 梅因著：《古代法》，李玄伯译，中国政法大学出版社 2005 年版。

18. [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社 2003 年版。
19. 《布莱克法律词典》，美国西部出版社 1983 年版。
20. [法]让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，杨国政译，陕西人民出版社 1988 年版。
21. [德]黑格尔著：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆 1995 年版。

二、论文类：

1. 王明锁、梁向峰：《关于合伙的独立民商主体地位的思考》，载《河南大学学报》2002 年第 6 期。
2. 王明锁：《论中国民商立法极其模式选择》，载《法律科学》1999 年第 5 期。
3. 王明锁：《人身权制度与中国民商法的法典化》，载《河南省政法管理干部学院学报》1999 年第 5 期。
4. 尹田：《论人格权的本质》，载《法学研究》2003 年第 4 期。
5. 尹田：《论自然人的法律人格与权利能力》，载《法律与社会发展》2002 年第 1 期。
6. 尹田：《自然人人格权的法律探讨》，载《河南省政法管理干部学院学报》2004 年第 1 期。
7. 尹田：《论一般人格权》，载《法律科学》2002 年第 4 期。
8. 马俊驹、张翔：《论民法个人人格构造中的伦理与技术》，载《法律科学》2005 年第 2 期。
9. 马俊驹、刘卉：《论法律人格内涵的变迁和人格权的发展》，载《法学评论》2002 年第 1 期。
10. 徐国栋：《“人身关系”流变考》，载《法学》2002 年第 7 期。

11. 徐国栋：《寻找丢失的人格——从罗马、德国、拉丁法族国家、前苏联、俄罗斯到中国》，载《法律科学》2004年第6期。
12. 薛军：《人格权的两种基本理论模式与中国人格权立法》，载《法商研究》2004年第4期。
13. 秦伟、刘保玉：《略论法律人格的内涵变迁及立法评判》，载《河北法学》2000年第6期。
14. 李永军：《民法上的人及其理性基础》，载《法学研究》2005年第5期。
15. 李永军：《论权利能力的本质》，载《比较法研究》2005年第2期。
16. 柳经纬：《权利能力的若干基本理论问题》，载《比较法研究》2008年第1期。

后 记

论文辍笔，心中喜忧参半！喜的是终于写完了论文将近完成自己的学业，忧的是大恩之下难免诚惶诚恐，担心自己的工作没有做好，无法面对师友期待的眼神。每念此，心中总忐忑不安！回首自己的硕士生涯，感慨万千：在众位师友的帮助下，冥顽不灵的我终于走上了学术的道路——算是上了路。在论文完成的一刹那，几年来的分分秒秒，恩师益友的不弃笃钝、谆谆教诲皆浮现在眼前，挥之不去。

论文的写作真的应了我开题时的打算：做爱因斯坦的第三个小板凳，不求完美，只求对得起法学院各位老师的教诲，对得起自己三年的学习，也是为了给各位老师做一个自己学习的汇报，以对三年来老师的关爱有所交代。首先要感谢恩师王老师，三年前，我有幸成为王明锁教授的弟子。王老师博学多识、谦逊乐观，还记得第一次见王老师，说话前言不搭后语（由于紧张）的尴尬被王老师一语化解。恩师的平易近人也给我留下了深刻的印象。使我对自己的大大咧咧、毛手毛脚的缺点大有改变，这也许就是恩师的授业之道吧——润物细无声。从业几年，我每次找他，总是以礼相待，这些细节教会了我很多做人的道理，使我受益匪浅。这也印证了他说的最多的一句话：为学先为人！王老师为学严谨，三年来，给我印象最深的一次就是下课后他本来已经下到了一楼又满头大汗的跑到四楼就为了向我们强调一件事：做东西可别抄啊！其良苦用心可谓“恐怖”。王老师要求我们注重基础，他常说的一句话就是：别小看平时的积累，三年后你们就知道差别了。三年后的今天我感觉到了这句话的真谛与分量。同时感谢郑书前副教授、樊涛副教授、袁绍义副教授、朱春河老师。他们的容忍和耐心让我在从无知到进步的过程中学会了做人做事，牛顿把他的成功归结于站在巨人的肩膀上，虽牛顿于我如

皓月之荧烛，但良师益友的倾心相助对我的学业也至关重要！感不胜言，唯日后寻机报答。

在即将离开河大的日子里，我还要感谢王俊峰老师、杜启顺老师、郑铭勋老师、曲香梅老师、常敏老师，他们教会我很多做人的道理，给我锻炼的机会。我常常担心我无力承载他们的帮助，希望借此一声感谢能宽慰他们一点点。

感谢我的父母和爱人，每次给家中打电话，父母都嘱我保重身体，言语之中，颇多疼爱之意。他（她）们风霜雪雨，为我的成长付出了半生心血，爱人也是跑前跑后不敢有些许懈怠。他们的默默付出给我坚强的力量，一曲“酒干倘卖无”红遍大江南北，催人泪下，每每听此，总让我泪眼婆娑，不能自己。常思学成之日，尽心感恩回报，但不知现在这区区几万字能否酬他（她）们于万一！念此常诚惶诚恐，才知凤雏落凤坡之难、卧龙鞠躬尽瘁之役的感恩之情。

回顾自己硕士几年，真是痛并快乐着。有食堂宿舍图书馆三点一线的枯燥，有论文写作过程中的苦闷，也时有因为状态不好的郁闷心情；但是当回过头来看一下自己歪歪斜斜的脚印所踩出来的小路还是有些许欣慰的。硕士毕业后，对于我来说，也许不会再有考试，但是人生的答卷我才填了一少部分，在未来漫漫的人生旅途中我会怀着一颗感恩的心，在期待的眼神中越走越远。

孙风强

2010年4月28日