

民法总论

MinFa ZongLun

苟军年◎编著



中国书籍出版社
China Book Press

民法总论

MinFa ZongLun

苟军年◎编著

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/苟军年编著. —北京:中国书籍出版社,
2012. 7

ISBN 978-7-5068-2946-5

I. ①民… II. ①苟… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 145930 号

责任编辑/ 武 斌

责任印制/ 孙马飞 张智勇

封面设计/ 中联学林

出版发行/ 中国书籍出版社

地 址: 北京市丰台区三路居路 97 号(邮编:100073)

电 话: (010)52257143(总编室) (010)52257153(发行部)

电子邮箱: chinabp@vip.sina.com

经 销/ 全国新华书店

印 刷/ 北京天正元印务有限公司

开 本/ 710 毫米×1000 毫米 1/16

印 张/ 20.5

字 数/ 369 千字

版 次/ 2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

书 号/ ISBN 978-7-5068-2946-5

定 价/ 59.00 元

目 录

CONTENTS

第一章 民法绪论	1
第一节 民法概述	/ 1
第二节 民法的性质	/ 9
第三节 民法的编制体例	/ 17
第四节 民法的发展与历史沿革	/ 22
第五节 民法调整的对象	/ 33
第六节 民法与邻近法律部门	/ 35
第七节 民法的渊源	/ 41
第八节 民法的适用范围	/ 45
第九节 民事法律规范的解释	/ 47
第二章 民法的基本原则	53
第一节 民法基本原则概述	/ 53
第二节 各项具体的民法基本原则	/ 59
第三章 民事法律关系	83
第一节 民事法律关系概述	/ 83
第二节 民事法律关系的要素	/ 89
第三节 民事法律事实	/ 96
第四节 民事权利、民事义务和民事责任	/ 99

第四章 自然人	114
第一节 自然人概述	/ 114
第二节 自然人的权利能力	/ 116
第三节 自然人的行为能力	/ 124
第四节 监护	/ 130
第五节 自然人的户籍和住所	/ 137
第六节 宣告失踪与宣告死亡	/ 139
第五章 法人	145
第一节 法人制度概述	/ 145
第二节 法人的分类	/ 156
第三节 法人的民事能力	/ 161
第四节 法人的设立、变更和终止	/ 173
第六章 非法人组织	189
第一节 非法人组织概述	/ 189
第二节 非法人企业	/ 195
第三节 非法人经营体	/ 209
第四节 事务型非法人组织	/ 214
第七章 民事法律关系的客体	222
第一节 民事法律关系的客体概述	/ 222
第二节 物	/ 223
第三节 物的分类	/ 227
第四节 货币和有价值证券	/ 232
第八章 民事法律行为	236
第一节 民事法律行为概述	/ 236
第二节 民事行为的成立及有效	/ 243
第三节 无效民事行为	/ 249
第四节 可变更、可撤销民事行为	/ 252
第五节 效力待定民事行为	/ 255
第六节 附条件与附期限的民事法律行为	/ 257

第九章 代理	262
第一节 代理概述	/ 262
第二节 代理权的行使	/ 276
第三节 法定代理	/ 281
第四节 委托代理	/ 283
第五节 无权代理	/ 288
第六节 表见代理	/ 291
 第十章 诉讼时效与期限	 296
第一节 时效制度概述	/ 296
第二节 诉讼时效	/ 298
第三节 诉讼时效的开始、中止、中断和延长	/ 305
第四节 取得时效	/ 308
第五节 期限	/ 312
 主要参考文献	 314
 后 记	 316

第一章

民法绪论

第一节 民法概述

在我国,民法是调整平等主体的自然人、法人以及其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。说到底,民法调整的是市民社会中私人之间的法律关系,它侧重于保护自然人和法人的私权利。为此,民法赋予了民事主体广泛的民事权利。民法的重要内容在于规定和保障民事主体的合法权益。民法的一切制度都是以权利为轴心建立起来的,是一个以权利为中心建立起来的严密法律体系。

一、民法的语源

从民法这一术语来看,民法者,市民社会之法则也。它来源于古罗马法的市民法。罗马人以敏锐的观察力将法律分为公法与私法,认为公法是调整公益的法律,而私法是涉及个人利益的法律^①。罗马法有市民法、万民法与自然法之区分。市民法调整具有罗马市民资格者的各种法律关系,万民法调整罗马市民与异邦人之间的法律关系。在罗马法中,民法主要是指市民法,最早是《十二表法》。但自公元3世纪起,市民法与万民法的对立已逐渐淡化,至东罗马帝国查士丁尼皇帝制定《国法大全》时,两法已经合并。后世的法学家一般认为,市民法是民法的语源,万民法是国际私法的语源。同其他古代国家的法律一样,罗

^① [意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《正义和法》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版。

马法也是诸法合体的形式,但其主要部分是调整私人之间的财产关系和人身关系,被称为私法。恩格斯说罗马法是“我们所知道的以私有制为基础的律的最完备形式”。^①

到了中世纪,民法被专门用来指罗马法,以及在罗马法基础上发展起来的法律,以与教会法相区别。这个术语直到现代仍然用来指私法,与刑法、军事法等公法相对称。但从比较法学角度而言,民法这个术语具有特别含义,它用来特指西欧大陆国家的法律制度,以及深受西欧大陆国家法律制度影响的国家(例如拉丁美洲一些国家)的法律制度。^②即我们所称的大陆法系(民法法系)国家的法律制度。近现代大陆法系国家立法中所使用的民法一词,均由市民法转译而来。

日本明治维新后制定民法典,在对《法国民法典》的引进中,学者津田真道将“市民法”一词误译为“民法”。我国清末变法,因袭日本,民法一词遂为我国法律所采用。可见,汉语中“民法”一词实非古汉语固有之词,而乃西方法律文明之舶来品,究其渊源,可追溯到日本民法。正如梅仲协先生所指出的,“民法一语,典籍无所本,清季变法,抄自东瀛”^③;但也有学者认为,民法一词并非来自日本,而是中国自己创造的,在我国古代典籍中便有“民法”一词,如《尚书·孔氏传》有文:“咎单,臣名,主土地之官,作明居民法一篇,亡。”认为是我国民法的起源,但在学术界对此持肯定态度的人并不多。^④中华人民共和国建立后,民法一词沿用至今。

恩格斯曾经指出:“民法准则只是以法的形式表现了社会的经济生活条件”^⑤。民法作为反映商品生产和商品交换的客观需要的法律,是交易活动的最基本规则。商品交换的实现,必然要求交换者具有独立人格权、财产自主权以及与这两种权利相适应的合同自由权。商品关系的本质要求也必然要表现为民法上的民事主体、所有权、债和合同这三位一体的制度。从历史上看,反映不同时期的社会经济需要的民法(如罗马私法、法国民法、德国民法等)尽管在体系和内容上存在着明显的差别,但都以调整商品关系的三大制度为基本内容。因而就其本质特征和主导方面来说,都是不同历史时期的商品经济关系的

① 《马克思恩格斯全集》第20卷,人民出版社1972年版。

② [美]艾伦·沃森著:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1997年版。

③ 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版。

④ 李开国主编:《中国民法学教程》,法律出版社1997年版;

张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版。

⑤ 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版。

反映。民法的主要任务就是为特定历史时期的不同社会的商品经济服务。

民法在西方社会历史上曾发挥了重要作用。源于罗马法的大陆法系,又名“民法法系”,大陆法系一个基本的分类是将法律分为公法和私法。公法涉及国家的政体,私法则涉及个人利益。这种分类不仅界分了公、私法律关系的主体,而且界分了各自所保护的利益的性质以及对不同利益的法律保护手段。公法侧重保护的是国家利益和社会利益,其法律保护手段是国家公权力,而私法侧重保护的是私人利益,其法律保护手段是民事主体的私权利。正如学者所指出的:“民法典不管是在哪里,都往往被当做整个法律制度的核心。”^①由此可见,民法在整个法律体系中的重要地位。任何一个了解西方法律发展史的人都会有这样一种认识,在基本上为一元化的西方法律史中,发展得最完善、最为引人注目、最为学者所看重并致力于研究和开拓、最有力地推动社会发展、最深入人心、影响人们思维与行为的法律非私法莫属,而私法无疑是以民法为基础,并以民法为主干。民法是与人类社会、经济生活连接最为紧密的法律部门,作为市民要求的反映,民法的理念、原则、规范集中体现了人类社会文明、进步生活的基本规则和社会成员对权利的向往和追求。

二、形式民法与实质民法

民法,有形式民法与实质民法之别。所谓形式意义上的民法,专指系统编纂的民事立法,即民法典;所谓实质意义上的民法,是指所有调整财产关系和人身关系的民事法律规范的总称,它不仅包括民法典,还包括其他民事法律、法规及判例法、习惯法等。在我国,由于民法典尚未编纂,所以严格地说,我国还没有形式意义上的民法,但因我国《民法通则》是一部民事基本法,规范民事活动的基本准则,因此,也可以说《民法通则》就是形式意义上的民法。而《物权法》、《合同法》、《担保法》、《继承法》《婚姻法》等是民事单行法规。此外,《宪法》以及其他部门法或行政法规中,凡是涉及民事问题的法律规定,都是民法的重要组成部分。通常民法典的制定被视为大陆法系(民法法系)区别于英美法系(普通法系)的重要标志。在现代社会,一个国家可以没有形式民法,但是不能没有实质民法。众所周知,英美法系国家没有形式民法,但却有着丰富多彩的实质民法。

^① [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版。

三、广义民法及狭义民法

民法,就其范围而言,有广义与狭义之分。广义民法的范围相当于传统私法的范围,指调整平等主体之间的财产关系、人身关系以及婚姻家庭关系的法律,包括民法总则、物权法、债权法、亲属法、继承法、侵权法以及公司法、证券法、保险法、海商法、票据法、破产法等商事法律。狭义的民法,指仅仅调整平等主体之间一定范围内的财产关系和人身关系的法律,不包括商法典及商事特别法。另外,在我国也不包括婚姻法、继承法。广义民法与狭义民法的分类,主要来源于各国法律部门的不同划分以及学者们对民法部门范围认识的差异。我国因袭前苏联的立法体例,认为婚姻家庭法(实质上即为亲属法)不属于民法,而是独立的法律部门;在我国,传统商法多以单行法律形式出现,没有体现出在体例上对民法总则的从属性,故我们所讨论的主要是狭义的民法。

四、现代民法的理念

民法历史悠久,源远流长,在漫长的历史发展演变中形成了深厚的文化积淀和浓醇的精神底蕴,培育了博大精深的民法文化,产生了私权神圣、人格平等、意思自治等民法基本理念。民法的这些理念既是吸纳、包容人类优秀文化成果的结晶,又是人类优秀文化成果的重要体现。理念属于文化、观念的范畴,来源于制度却非制度本身,而是植根于民众内心、融会于民众生活的东西。^① 现代民法理念的形成与确立经过了一个长期的历史演进过程,它自11世纪末罗马法复兴开始,至法国民法典颁布为止。那么,现代民法的理念究竟是什么?大家的看法并不一致,但人们较为普遍的看法是,民法理念主要是指以市民社会和政治民主为前提,以自然法思想为哲学基础,以民法特有的权利神圣、人格平等、私法自治为内涵,运作于社会生活而形成的、社会普遍的心理态势和行为模式,是法律文化在人们观念中重要表现形式。世界各国立法对平等、自由理念的提出,往往都是先在民法中予以确认后,才见诸宪法的。因此,民法的许多理念几乎不需经过任何加工即可成为法哲学的研究对象,成为整个法学发展的向导。^② 而民法理念的实质也就在于保护个人私生活的独立性、自主性和自我

^① 刘凯湘:《民法总论》,北京大学出版社2006年版。

^② 苏号朋:《民法文化——一个初步的理论解析》,载《比较法研究》,1997年第3期。

创造性,使个人的个性、自由和尊严得到真正的发扬,以实现社会的最终发展。

(一) 私权神圣、权利本位的理念

乌尔比安曾说过这样的话:“诚实生活,不害他人,各得其所(有权),”并将此作为法的准则。这是较早提出私权(所有权)神圣的思想。^①在资产阶级革命中“天赋人权”、“主权在民”的口号呼出了第三等级的心声。因此,各国民法典对权利的确认和保护则将“私权神圣”的观念具体地赋予了每一个人。所谓私权,即民事权利,是人立世所必须享有的权利,是最基本的人权。从人类社会产生的一系列人权法律文件看,最早可以追溯到资产阶级革命初期。17世纪初,英国资产阶级根据其经济利益,要求自由竞争,而自由竞争最核心的条件就是政治上的个人自主、不受等级限制,于是,英国国会于1628年提出了《权利请愿书》,其基本原则就是“保障人权”,规定人民有不受非法拘禁、处罚、摊派税债、其住宅不受非法强占的权利。后于1679年的《人身保护法》和1689年的《权利法案》中,均表述了有关人权的思想。1776年的《美国独立宣言》被称作人类历史上“第一个人权宣言”,该宣言庄严宣称:“人人生而平等,造物者赋予他们若干不可割让的权利,其中包括生命权、自由权和追求幸福权。”但真正开创人权史的,则是1789年的《法国人权与公民权宣言》,它规定:人生来是而且始终是自由平等的。它通过一系列的法律措施,从思想上瓦解了封建统治的基础,从政治上摧毁了封建政权。新兴的资产阶级以人对抗神,以人权对抗神权和君权,以至从今以后,迷信、偏私,特权和压迫,必将为永恒的真理,为永恒的正义,为基于自然的平等和不可剥夺的人权所排挤。

随着社会经济和法治的不断进步,现代社会人权已成为普遍的、不可让与的、具有广泛内容的人类理想及推动社会文明进步的力量,成为今日通过国际公约谋求人类发展的共同目标。对于权利的内涵,也从最初的生命、自由、安全发展到个人的生命权、不受奴役权、不受迫害权、不受歧视权、法律人格权、人身自由权、私生活受保护权、家庭婚姻权、财产权、言论出版以及选举和参政权。另外,经济、社会和文化权利及集体人权也纳入了人权理想的关注范围。但是,无论人权内容如何丰富,私权始终是整个人权体系的基础,是人得以享有其他权利包括公权的前提。

以国家和个人的对立为前提的私权本位为个人开拓了一个不受国家控制的私人领域,从而限制了政府的行动范围以及国家权力的专横意志,使得以自由为取向的私法自治成为可能。即公法侧重保护的是国家利益和社会利益,其

^① 刘凯湘:《论民法的性质和理念》,载《法学论坛》,2000年第1期。

法律保护手段是国家公权力,而私法侧重保护的是私人利益,其法律保护手段是民事主体的私权利。换句话说,这一区分不仅确认了国家与个人之间的对立,而且也为私权创设了相对独立的支配空间。这一空间在实践的培植和历代思想家的不懈努力下,不断得到充实和拓展,最终孕育了私权本位的观念。^①

对私权本位,有学者是这样诠释的:(1)民事权利是与生俱来的权利,不应为任何后天的原因所限制。这是近代民法对私权本位观念的贡献,每一个自然人因此获得了法律上无差别地参与民事活动的可能性。(2)民事权利的内涵具有开放性的特征。对此可从三个方面来把握:首先为私权的内容相对于公权内容的无限可能性,其次是具体私权产生发展的无止境,最后表现为“法无限制者皆合法”的行使规则。(3)私权本位以自然人人身权和财产权神圣为核心。人身权与财产权是任何一个谋求自我发展与完善的自然人必不可少的基本前提,也是私权本位的着力所在。(4)突出私权本位实质上是对权利救济的强调。没有救济的权利形同虚设,法律对于权利的赋予和权利的保护缺一不可。^②可见,私权本位是民法的核心观念,对民事权利的保护是民法的最高使命,任何个人、组织,特别是公权力均不得非法干涉、侵犯民事权利;并且,非以公正的法律程序,民事权利不得被限制或剥夺。

(二) 私法自治的理念

私法自治也称意思自治,是民法的核心理念。民法的基本任务在于维护私法主体的意思自由。私法自治,是指在私法范畴内,当事人自由决定其行为,确定参与市民生活的交往方式,而不受任何非法干扰。私权自治的理念源于理性主义的自由天赋思想,它认为“自由的概念是一个纯粹理性的概念。因此,对于理论哲学来说自由是超验的。”^③私权自治的灵魂是意思自治,就是要充分尊重当事人的选择,根据自己的判断决定自己的行动。“只有在自己有意识的活动过程中,那种选择行为才能被称为自由。”^④私权本位的外在表现是私法自治或意思自愿,是指在私法范畴内当事人自由决定其行为。这种决定行为的自由预设了个人具有某种确获保障的私域,也预设了他的生活环境中存有一系列情势是他人所不能干涉的。^⑤因此,私法自治的实质,就是由平等的当事人通过协商

① [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1998年版。

② 戴少杰:《民法文化、市民社会与法治启蒙》,http://www.chinalawedu.com/news/2004_12/4/1428038949.htm

③ [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版。

④ 苏号朋:《民法文化:一个初步的理论解析》,载《比较法研究》,1997年第3期。

⑤ [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版。

决定相互间的权利义务关系,原则上国家不作干预。

私法的精髓在于“自治”,“法律的主要功能不是指导干预人民的行为,而是赋予人民完成的行为具有某种法的效力。”^①自由是人之所以成为人的前提,它不仅与生俱来,而且亦不能放弃。放弃自己的自由,就是放弃自己做人的资格,就是放弃人类的权利。在这样的前提下,私法自治便具有了无可置疑的正当性,也获得了足够的渗透力。从法学层面来理解,在市场上,准入的当事人被假定为自身利益的最佳判断者,即每一民事主体都有依自己的理性判断,管理自己事务的权利。因此,民事主体自愿进行的各项自由选择,都应当受到法律的保障,并排除国家和他人的非法干预。从民法的法律传统来看,私法主体有权自主实施私法行为,他人不得非法干预。

私法自治是罗马法时期公法、私法划分理论的直接产物,它以承认民法是私法为理论前提,成为民法之精髓。随着近代民法的发展,私法自治又逐渐演化为所有权绝对、契约自由、过失责任三大民法基本原则。在现实社会生活实践中,只有在民事主体地位独立、平等的基础上,才能保障当事人从事民事活动时的意志自由。与民事地位平等一样,自愿同样也是市场经济对法律所提出的要求。依照自愿原则,民事主体在从事民事活动时,应当充分表达自己的真实意志,根据自己的意愿来设立、变更和终止民事法律关系。在民事法律关系中,自愿赋予了民事主体在法定的范围内享有广泛的行为自由。在具体的民事法律制度中,私法自治渗透于契约自由、遗嘱自由和团体设立的自由等原则,其中尤以契约自由原则最为典型。这些原则提供了个人按其自己的决定和计划行事的可能性。这种可能性在现实生活中就转化为不同的权利主体对各自价值的追求,由此,也就形成了一种以追求个人在社会发展中所享有的充分自由为终极目的的生存状态。在此状态下,国家对个人所施加的强制被减至最小可能的限度。^②因此,可以说,私法自治对于维护个人的自由与尊严,抵制国家权力的任意干预发挥着举足轻重的作用。

意思自治是私法自治的核心和灵魂,其核心是尊重当事人的选择。^③具体来说,在人身关系上彻底否定了封建人身关系对个人的束缚,强调人格独立,摒弃人身依附,宣扬人格平等,使人性第一次获得真正的解放,使人身自由、人格

① 苏永钦:《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,载《中外法学》,2001年第1期。

② [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版。

③ 赵万一:《民法的伦理分析》,法律出版社2003年版。

尊严的观念深入人心,极大地促进了人类文明的进步,为人权的充分保障提供了法律机制和社会土壤。在财产关系上,使人们能够自由处分其私有财产,自主决定参与经济活动,进而鼓励营业交易,促进贸易发展,优化资源配置,并可减少公权对经济关系的侵入,防止官商勾结,避免权力腐败。当然,私权自治并不是绝对的自由,它要受到禁止权利滥用原则的限制。也就是说,每个人在自由地追求自身利益的同时不能不顾及其他人的利益,自由必须明确尊重其他人的义务。只有把个人的自由原则与平等原则结合起来,才能使社会中的所有入都有平等的能力做自己想要做的事,其限度就是其他人也都可以做同样的事。

(三)主体地位平等的理念

“法律面前人人平等”是资本主义国家和社会主义国家均于宪法中确定的基本原则,尽管其实质内容各异,然平等的精神却早已深入人心,并成为社会趋向文明进步的尺度。平等包含着许多因素,然而,最基本的仍然是作为市民主体资格的平等,即人格上的平等,或者说民事权利能力平等。只有实现民事权利能力的平等,才能使人们不分种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,依法享有人身自由、人格尊严及各项具体的人格权利,每个人才能有自身的地位、尊严和生存价值,同时,他人的自由、尊严、生存价值才能得到体现。伴随着“从身份到契约”的社会进程以及启蒙运动对平等、自由的推崇和信仰,近代民法承认并规定了所有人完全平等的法律人格。

在私法关系中,人格独立即人格权享有的平等是一个人在现代社会应该享有的最基本的权利。现代市民社会中的人都是彼此人格独立的横向关系中的人,在法律上,每个人的人格必须是独立的、平等的。民事主体的合法权益平等地受到法律保护。无论自然人,还是法人,在民事主体的民事权利受到侵害时,都平等地受到法律的保护。我们知道,在人类历史上,自然人的权利与义务曾经相互背离。奴隶社会中奴隶被认为是权利客体而不是权利主体,只尽义务而不具有权利能力。封建社会中人的权利能力的大小取决于其等级地位的高低。而现代社会强调权利与义务的统一,在强调权利平等的同时还强调义务的平等。现代各国法律一般都规定,自然人的权利能力始于出生、止于死亡。对外国人(包括无国籍人),古代国家采取不承认主义,即不认为他们享有权利能力。在古罗马,凡未沦为奴隶的外国人,虽有自由身份,但不能享有市民法规定的权利。国际贸易发展以后,各国才逐渐采用相互主义,即根据两国间的条约或法律,相互承认对方公民享有与本国公民相同的权利能力。19世纪,在古典自然法学派的影响下,《荷兰民法典》首先于1829年采用平等主义,即对外国人原则上给予和本国人同等的国民待遇。此后各国群相仿效。但多另设限制,如不准

取得开矿权、捕鱼权,不准从事只有本国公民才能从事的职业等。

应当说,民事主体地位平等的观念,只是在经由近代民法的确认后才得以确立和普及至每一个自然人。1804年公布的《法国民法典》第八条规定:“所有法国人都享有民事权利。”1900年施行的《德国民法典》第一条规定:“人的权利能力自出生完成时开始。”类似的规定使得身份平等的主张有了法律上的依据,为每一个人提供了平等参与民事活动的机会,集中地反映了民事法律所调整的社会关系的本质特征,对于市场经济和法治建设的培育和发展,对于维护民事主体的合法权益均具有重要作用。

当然,民事主体在法律地位上的平等,并不意味着每个民事主体享有的民事权利和承担的义务都是一样的,民事权利能力只是给民事主体享有民事权利提供了前提条件,当事人只有利用这一主体资格,参加到具体的民事法律关系中去,才能享受到具体的民事权利。在具体的民事法律关系中,各个当事人根据法律和自身的意志,享有不同的权利、承担不同的义务。尤其对法人而言,在权利义务的享有与承担上,还要受法人本身性质的限制,即法人不得享有与自然人的身份不可分离的权利,同时,还要受法律、行政命令以及法人的目的、权限范围等的限制。所以,人格平等,并不是指实际享受的权利和承担义务的均等。

但是,当社会中的主体之间事实上存在严重的不平等,这种不平等就排除了协商与让步,会导致主体之间的利益在法律上失去平衡。至20世纪,不平等问题日益突出,成为严重的社会问题,不平等不仅存在于个人之间,而且存在于经济实力相差悬殊的社会组织及各种类型的当事人之间。意思自治也往往异化为一方当事人强迫另一方接受苛刻条件的权力。因此,我国民法必须吸收其他价值对其社会效果加以补正,以保护处于弱者地位的一方当事人,以实现主体之间的实质平等,平衡主体之间的利益以及主体利益与社会利益。

第二节 民法的性质

对民法性质的准确定位,直接关系到对民法价值、原则、制度等诸多问题的认识和设计。所谓性质,即一种事物区别于他事物的根本属性。但在学术界,对民法性质的认识一直存在着不同的看法。大陆法系国家和地区,对民法定义界定时,大都是从公法与私法分离与对立的角度来界定民法性质的,如“民法是

私法的一部分”，“德国民法典是德国私法的基础”^①。我们认为，民法作为我国法律体系中的一个重要部门，其性质主要表现在以下几个方面：民法是市民社会的法；民法是权利法；民法是私法。

一、民法是市民社会的法

通常在教科书中，将民法定义为“私法的一般法”。但在若干教科书中，民法被定义为“市民社会的法”。^②从西方现代市民社会理论的形成、发展来看，市民社会在古典用法上等同于国家，对这一术语的使用则可以追溯到西塞罗和其他罗马政治家、甚至古希腊哲学家的著作。在西塞罗那里，市民社会不仅指“单一国家，而且也指业已发达到出现城市文明政治共同体的生活状况。这些共同体有自己的法典（民法），有一定程度的礼仪和都市特征（野蛮人和前城市文化不属于市民社会）、市民合作及依据民法生活并受其调整以及‘城市生活’和‘商业艺术’的优雅情致”。^③可见，西塞罗是在市民社会、政治社会和文明社会三重意思上使用市民社会的。

现代意义上的市民社会出现于18世纪晚期苏格兰和欧洲大陆的启蒙运动。从佩因到黑格尔的众多政治理论家，将市民社会的概念发展成为与国家平行但分离于国家的范畴——一个市民依照自己的利益和愿望联合起来的领域。这种新思想反映了不断发展变化的经济现实：私有财产、市场竞争和中产阶级的勃兴。它同样产生于对自由日益普遍的要求，这一点从美国和法国的革命中得以体现。^④从19世纪开始，随着资本主义经济关系的发展，“市民社会”被用来专指从中世纪封建社会的种种政治束缚中获得解放的近代市民阶层之间的关系，被认为是一个与政治国家相对应的领域。现代意义上的“市民社会”正是从这一含义上发展起来的。马克思在《黑格尔法哲学批判》中首次使用“市民社会”的概念，并把它归结为在摆脱封建伦理、宗教和政治等方面种种束缚的基础上形成的，以独立自主地追求经济利益为目标的各种社会关系的领域。马克思、恩格斯在《德意志意识形态》中指出：“在过去一切历史阶段上受生产力制约同时又制约生产力的交往形式，就是市民社会。这个市民社会是全部历史的真

① 拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版。

② 星野英一：《民法劝学》，张立艳译，北京大学出版社2006年版。

③ 《布莱克维尔政治学百科全书》，中国政法大学出版社1992版。

④ [美]托马斯·卡罗瑟斯：《市民社会》，蒲燕译，载《国外社会科学文摘》，2000年第7期。

正发源地和舞台。”^①市民社会这一名称始终标志着直接从生产和交往中发展起来的社会组织,这种社会组织在一切时代都构成国家的基础以及任何其他观念的上层建筑的基础。^②

由此可见,现代意义上的市民社会是国家与社会逐步分离的产物,它是具有一定政治功能的社会结构形态。这一过程经历了“国家与市民社会的复合(古希腊)——国家对市民社会的扶持和监护(罗马共和国及罗马帝国)——国家吞并市民社会(西欧中世纪)——市民社会与国家的二元分立和抗衡(近代资本主义)”等发展阶段。^③所谓“市民社会”主要是指在完全市场经济条件下,由摆脱了封建的政治、伦理、道德和宗教等束缚及人身依附关系,按照市场经济原则能独立自主地进行商品生产和交换的“市民”个体所构成的各种不同类型的社会组合,它们体现着市场经济条件下独立自主的个人(市民)之间的各种社会关系。按照马克思的分析和历史经验的证实,商品经济的出现并逐步取代封建自然经济,是市民社会产生并最终从中世纪封建政治国家中分离出来,形成政治国家与市民社会对立统一的前提和条件。

从法治的角度观察,公法是政治国家的法,私法是市民社会的法。从洛克、孟德斯鸠到法国的人权宣言和美国的独立宣言都对权力的扩张性、侵略性表示了怀疑和担心,为此,分别从理论、制度的层面提出了许多切实制约权力的措施、规则。孟德斯鸠指出:“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。”^④不受权利制约的权力会走向腐败,绝对的权力,绝对的腐败,这是被社会生活实践反复证明的真理。西方越来越多的学者认为,一个相对独立的多元社会能够有效地制衡统治者的权力,这个社会有着利益各异并相互作用的社会组织和利益集团,国家权力不再是唯一的权力中心,共享国家权力的利益集团和社会组织可以通过各种途径影响和参与政治决策的制定,从而达到制约国家(政府)权力,避免权力失控的目的。“以社会制约权力”与“以权力制约权力”和“以权利制约权力”,共同构筑起当今法治国家权力制衡的三大基石。因此,纯粹意义上的私法不仅在于调整平等主体之间的人身关系和财产关系,而且通过法律保证国家公权对私权不干预,国家在市民社会中只扮演消极仲裁者的角色。一个由各种独立的、自由的社团组成的多元社会,可以对权力构成一种社会的制衡。一个独立于政治国家而存在的市民社会是民主化亦即民主制

① 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1972年版。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1972年版。

③ 马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆2002年版。

④ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1983年版。