

民法基本问题研究

夏利民 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

民法基本问题研究/夏利民著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2001.6

ISBN 7 - 81059 - 684 - 5

I. 民… II. 夏… III. 民法-研究-中国 IV. D923.04
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 034045 号

民法基本问题研究

MIN FA JI BEN WEN TI YAN JIU

夏利民 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

印 刷: 河北抚宁印刷厂

版 次: 2001 年 6 月第 1 版

印 次: 2001 年 6 月第 1 次

印 张: 9.875

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 256 千字

印 数: 0001 ~ 2100 册

ISBN 7 - 81059 - 684 - 5/D · 562

定 价: 25.00 元

本社图书出版印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010)83905728

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

前 言

民法是直接表现和反映市场经济关系准则的法的部门。随着市场经济的发展，市场体系逐步完善，我国民法体系日趋健全，其参与社会经济关系的程度亦日益深化。在民法与时代俱进的发展进程中，我们既要借鉴和吸收西方发达国家先进的民法制度，又要结合我国市场经济发展的具体情况，对民法理论和实践中出现的一些颇具时效性的热点、难点问题进行解析和探讨，从而完善民事立法和司法，使其愈加成熟和进步。正是有感于此，本人就自己平素教学和科研中较有心得的若干理论和实践课题，进行了有选择性的探讨，以期能对这些问题的解决提供一点思路。由于本人学识不深，功力尚浅，书中的不妥当乃至错误之处在所难免，尚祈读者不吝赐教。

作 者

2001年6月于北京

目 录

前 言	(1)
第一题 中国市民社会的构建与民法的现代化	(1)
一、市民社会与民法	(1)
二、关于民法调整对象的讨论	(9)
三、民法的现代化问题	(16)
第二题 民法的基本理念及其变迁	(24)
一、民法的基本理念分析	(24)
二、民法基本理念变迁的背景	(33)
三、民法基本理念的补正	(39)
第三题 民事主体——自然人制度的重构	(44)
一、自然人一般问题分析	(44)
二、自然人民事能力的探讨	(52)
三、我国监护制度的完善	(63)
第四题 民事主体——法人的能力与责任	(72)
一、法人权利能力的限制问题	(72)
二、法人目的范围限制的性质问题	(75)
三、法人代表与表见代表规则的适用	(83)

四、关于筹备中的法人地位与责任	(89)
五、法人独立责任与有限责任制	(95)
第五题 民事主体——合伙的理论与实务	(109)
一、合伙立法的比较研究	(109)
二、合伙企业的法律地位	(119)
三、合伙企业的合伙人资格问题	(126)
四、合伙企业财产制度	(134)
五、合伙企业事务的经营管理	(144)
六、合伙企业的债务责任	(154)
第六题 民事法律行为的再认识	(164)
一、关于民事法律行为的合法性问题	(164)
二、民事法律行为的成立与生效辨析	(173)
三、关于显失公平的法律行为	(179)
四、关于法律行为无因化问题的评价	(187)
第七题 代理制度的完善	(200)
一、代理的概念及立法例比较	(200)
二、代理权的授予问题	(204)
三、表见代理研评	(214)
四、我国代理制度的完善	(227)
第八题 时效制度研究	(235)
一、诉讼时效的效力	(236)
二、诉讼时效的客体	(243)
三、诉讼时效适用中的几个具体问题	(250)
四、取得时效的构建	(259)

第九题 民事责任三论	(273)
一、关于公平责任原则	(273)
二、关于无过错责任在我国的适用	(284)
三、论精神痛苦的损害赔偿	(293)
主要参考文献	(306)

第一题 中国市民社会的构建与民法的现代化

一、市民社会与民法

市民社会是现代市场经济与民主制度的必然结果。中国正在全面推进市场经济，并致力于建设社会主义法治国家，其终极目标就是构建中国的市民社会和市民法治，其中，民法是核心。民法为“市民法”之误译，学者们早已指明，但将民法与“市民”联系起来却不是偶然的，理解和认识民法的本质必须从市民社会的理论中寻找依据。

第一，市民社会一般理论分析。市民社会理论有古典和现代之分。市民社会概念最初是由亚里士多德在其《政治学》一书中提出的，意指政治共同体或城邦国家，即“自由和平等的公民在一个合法界定的法律体系之下结成的伦理——政治共同体。”^①公元1世纪时，西塞罗进一步明确了这一概念，认为市民社会指业已发达到出现城市的文明政治共同体的生活状况^②。他以城邦制为背景，说明市民社会与城市生活的联系。此所谓市民，意指在城市生活的人。此即古典意义的市民社会理论。在这种理论中，“市民社会”、“政治社会”与“文明社会”三者之间没有明确的区分，市民社会本身包含着上述三重含义。17、18世纪的

① 参见何增科：《市民社会概念的历史演变》，载《中国社会科学》1994年第5期。

② 布莱克维尔编：《布莱克维尔百科全书》，中国政法大学出版社1990年版，第125页。

契约论思想家洛克、卢梭、康德等人反对为封建专制王权提供理论根据的君权神授思想时，再度重视市民社会概念，但这些思想家主张的市民社会与政治社会是同义语，与此对应的是自然状态或自然社会，即前国家社会的一种无政府状态。这些市民社会理论均未脱离古典市民社会范畴^①。

现代市民社会理论主要是由黑格尔提出并由马克思加以完善的。它采取的是政治国家和市民社会的二分法，强调市民社会是由非政治性的社会所组成。

根据黑格尔在《法哲学原理》中的论述，其市民社会概念可定义为：由私人生活领域及其外部保障构成的整体^②。其认为市民社会是处在家庭与国家之间的差别的阶段。其市民社会理论的主要内容是：①将个人权利理解为特殊利益，将政治国家视为普遍利益的代表。市民社会“是各个成员作为独立的单个人的联合”，其使命正是为保护和保证所有权和个人自由，因而具体的、特殊的个人，他们的利益和需要，他们的权利和自由，便成为市民社会的最终目的。作为普遍性原则之体现者的国家乃是伦理精神发展的最高阶段，家庭和市民社会的法规和利益都从属于它。国家则以结合本身、以普遍利益为目的。②“需要的体系”构成市民社会及其活动的主要内容。多样化的个人需要可以分为三类：直接的或自然的需要、观念的精神需要以及把二者联系起来的社会需要。前两种需要以生产劳动和理论教育来满足，由于劳动的分工等因素，在生产和交换过程中形成等级差别，各个等级就是具有相同社会地位的人们构成的普遍性集团。将个人的自然权利放在市民社会中人的需要、劳动、交换、利益的角度去考察，说明人的权利。③政治国家应服务于市民社会，保护市民社

① 参见孔祥俊：《民商法新问题与判解研究》，人民法院出版社 1996 年版，第 37 页～38 页。

② 何增科：《市民社会概念的历史演变》，载《中国社会科学》1994 年第 5 期。

会的特殊利益。市民社会的特殊利益要真正得到保护，只有在作为伦理实现的国家才有可能。在市民社会中伦理精神还处于特殊性的阶段，必须由警察和法院使用强制性力量从外部建立起秩序。市民社会需要通过司法机关来消除对所有权和人身权的侵害，通过警察制止各种可能损害他人的不法行为，保护个人的生活和福利。由此可见，黑格尔已完整系统地提出了市民社会理论。在他看来，市民社会中的每个人都以自身为目的，其他一切都是虚无的。每个人为了达到自己的全部目的，才与他人发生关系。因此，其他人便成为特殊的人达到目的的手段。但是特殊目的通过同他人的关系就取得了普遍性的形式，并且在满足他人福利的同时，满足自己。实际上，黑格尔所说的市民，就是合理地追求自己利益的“经济人”^①，但由于黑格尔从伦理角度而非现实角度考察市民社会，因而留下了把家庭排除于市民社会之外、将司法制度和警察等政治国家的机构包括在市民社会之中、认为家庭和市民社会从属于国家等缺陷^②。

马克思吸收了黑格尔市民社会理论的合理内核，运用历史唯物主义理论批判地继承了黑格尔的思想，纠正了其缺陷，完善了市民社会的理论。他借用黑格尔“市民社会”的概念，并根据市民社会和政治国家的关系，对市民社会作了两种理解。市民社会和政治社会既是一对历史范畴，又是一对分析范畴。作为历史范畴，市民社会和政治社会都是社会分裂为阶级的产物。生产力发展到一定阶段后，社会利益开始分化，私人利益逐步出现并发展成为阶级利益，阶级利益又总是以特殊的私人利益和普遍的公共利益的分离和对立作为自己的存在形式。这种分离和对立进一步促进市民社会与政治国家的产生，并使它们在现象上表现为两种

① 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第26页。

② 参见孔祥俊：《民商法新问题与判解研究》，人民法院出版社1996年版，第40页。

相互分离的独立的存在。无阶级的原始社会与阶级消灭后的共产主义社会均不存在市民社会。

需要指出的是，市民社会和政治国家在逻辑上的分离并不意味着在现实生活中始终分离。前资本主义的中世纪社会中两者在现实中就是重合的。“中世纪的精神可以表述如下：市民社会的等级和政治意义上的等级是同一的，因为市民社会就是政治社会，因为市民社会的有机原则就是国家的原则。”^①“在中世纪，财产、商业、社会团体和每一个人都有政治性质；在这里，国家的物质内容是由国家的形式规定的。在这里，一切私人领域都有政治性质，或者都是政治领域；换句话说，政治也是私人领域的特性。在中世纪，政治制度就是私有财产的制度，但这只是因为私有财产的制度就是政治制度。在中世纪，人民的生活和国家的生活是同一的。”^②那时国家从市民社会中夺走了全部权力，整个社会生活高度政治化，政治权力的影响无所不及，政治国家与市民社会之间没有明确的界限，政治等级与市民等级合一，市民社会淹没于政治国家之中^③。

政治国家与市民社会的分离则是近代欧洲的产物。16世纪以后，随着民族国家的出现和君主专制政体的建立，市民等级在王权的保护下获得了从事工商业的自由，私人领域的独立使市民社会与政治国家发生分离，但专制制度下王权对工商业经营和私人领域的侵犯必然妨碍市民社会的顺利发展。18世纪末法国大革命则极大地促进了市民社会与政治国家的分离过程。“政治革命打倒了这种专制权力，把国家事务提升为人民事务，把政治国家确定为普遍事务，即真实的国家；这种革命必须要摧毁一切等

① 马克思：《黑格尔法哲学批判》，《马恩全集》第1卷，第334页。

② 同上，第284页。

③ 孔祥俊：《民商法新问题与判解研究》，人民法院出版社1996年版，第40页～41页。

级、公会、行帮和特权，因为这些都是使人民脱离自己共同体的各种各样的表现。于是，政治革命也就消灭了市民社会的政治性质。”^① 法国革命则完成了政治生活同市民社会分离的过程。

作为分析范畴，市民社会是对私人生活领域的抽象，是作为公共领域的抽象的政治社会的对称。马克思认为，随着社会利益体系分化为私人利益和公共利益两大相对独立的利益体系，整个社会分裂为市民社会和政治社会两个领域。前者是特殊的私人利益关系的总和；后者则是普遍的公共利益关系的总和。因此，社会中每一个独立的人都担当着双重角色，它既是市民社会的成员，又是政治国家的成员。根据其行为的不同性质，他分别在市民社会和政治国家两个领域中活动。当他为个人利益活动时，就是市民社会的成员；当他参与政治活动中，他即为政治社会的成员。正像马克思所说的那样：“在政治国家真正发达的地方，人不仅在思维中，在意识中，而且在现实中，在生活中，都过着双重生活——天国的生活和尘世的生活。前一种是政治共同体的生活，在这个共同体中，人把自己看做社会存在物；后一种是市民社会的生活，在这个社会中，人作为私人进行活动，把别人看做工具，把自己也降为工具，成为外力随意摆布的玩物。”^②

可见，市民社会是指相对独立于国家的社会的一个部分，它由平等主体的公民、企业和其他社会团体所组成。市民社会与国家的基本关系由法律加以规定，国家与市民社会处于权利义务相对等的双向互动的法律关系之中。市民社会有如下基本特征：①市民社会的活动主要是物质交往，私人利益和需要是市民社会存在的条件，利己主义是市民社会的本质，经济交往是市民社会的运作方式。②市民社会内部主体平等，自由是市民社会的基础，自由地交往必然要求主体的平等。但是平等并非市民的最终要

① 马克思：《论犹太人问题》，《马恩全集》第1卷，第441页。

② 同上，第428页。

求，它只是实现其自己利益——私有财产占有的自由的条件和方式。^③与国家的关系依法双向互动，即在法律规定的范围内，国家的权力与市民社会的权利可相互作用，任何一方都不应当、也不可能将对方置于自己的绝对控制之下，两者的关系应当统一在有利于整个社会健康存在和发展的有机平衡的状态之中。市民社会是全部历史的真正发源地和舞台，是国家的前提，国家是市民社会的体现。市民社会构成了特定国家的经济基础，人类的一切文明包括政治国家的产生都是源于这一蕴涵各种进步信息的母体。有一定的市民社会，就会有不过是市民社会正式表现的一定的政治国家^④。

第二，表现市民交往关系的民法为私法。市民社会是相对独立于国家的社会的一部分。市民社会与国家的分野与关联都是通过法治来完成的。由于市民社会和政治国家乃是性质迥异的现实社会体系，这就必然要求以调整手段不同的法律部门进行调整，以建立各自的秩序。于是，公法与私法应运而生。公法以政治国家的关系为规范对象，私法则以市民社会的关系为规范对象。社会中的每个人因其参与的社会关系的不同而受不同的法律部门调整。当其作为市民社会成员进行私人活动时，就受私法调整，私法规定其私法地位；当其参与政治生活中，就受公法调整，由公法规定其公法地位。因而每个人均有不同的法律角色。

公法与私法的区分，是现代法基本原则和整个法秩序的基础，至于公法与私法划分的标准却存有歧义。主要有三种学说：其一，利益说，为罗马法学者乌尔比安所主张，认为公法是有关国家稳定的法，私法是涉及个人利益的法。它们有的造福于公共利益，有的则造福于私人。其二，意思说，为德国学者拉邦德所倡导，认为规律权力者及服从者的意思的为公法，规律对等者的意思的为私法。其三，主体说，为德国学者耶律内克所主张，得

① 参见苏号朋：《民法文化：一个初步的理论解析》，《比较法研究》1997年第3期。

到日本著名学者美浓部达吉的赞同。此说认为，公法主体至少有一方是国家或国家授予公权者，私法主体法律地位平等。笔者以为，后两种观点的结合较为简洁清晰，即国家或公共团体为其双方或一方主体者之法律关系，而以权力服从关系为基础者为公法。例如宪法、刑法、行政法、税法等，其所规律的法律关系，属于公法关系。而仅规律私人间或私团体间之相互关系，而以平等关系为其基础者为私法。例如民法、公司法、票据法、保险法等，其所规律的法律关系则属于私法关系。

民法即私法，是调整市民社会关系的法。明确民法的私法属性，有助于强调对自然人的财产权和人身权的保护，培育和发展民事权利意识和平等观念；有助于在私法领域提倡当事人意思自治，尽可能地减少国家对经济生活的直接干预，只有在当事人发生的纠纷不能通过协商解决时，国家才由司法机关以仲裁者的身份作出裁判，进行“第二次干预”。

第三，中国市民社会的构建仍应以民法为基础。我国正致力于发展和完善社会主义市场经济体制，这一过程就是构建和成熟中国市民社会的过程。这是因为：首先是由发展社会主义市场经济决定的。市民社会的经济本质就是商品生产和交换，私人经济关系不受国家行政的直接干预。社会主义市场经济在本质上仍然属于商品经济范畴，从而社会主义社会仍然属于市民社会。然而，在以往计划经济体制下，主要是靠行政手段调整人与人之间的关系，整个社会是一个类似军事化的社会。工人与企业之间、事业单位的职员与所在单位之间均是一种人身依附关系，基本上不存在选择就业的自由，企业依附于一定的国家管理部门，企业同时也是一个行政单位，没有独立的财产权，农民没有独立经营的土地，作为独立的经济人几乎在整个社会不存在。1978年底实行改革，先是在农村，农民取得了土地的承包经营权；随后是在城镇，企业获得了相对独立的经营自主权。进入90年代，企业实行劳动合同制，工人有了选择就业的自由；实行人才流动，

知识分子有了选择工作的自由。1992年之后，许多企业实行公司制改造，股市开始形成。与一系列改革相关的，是私法的诞生和发展。中国先后制定了经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法、著作权法、继承法、民法、公司法、票据法、劳动法以及后来的统一合同法等法律。参与市场经济的主体是平等、自由的个人和企业，主宰社会经济发展的是市民而不再是国家的行政机构，这当然不是否定国家对发展经济的作用，但这种作用已经发生了根本性的变化，由依靠计划发号施令变为对市场的监管。这一深刻社会变革还没有终结，市场经济的进一步发展必将打破一切不利于个人、企业独立参与经济活动的束缚，由这些独立的经济人主宰经济活动的市民经济社会正在逐步建立中^①。

其次，中国构建和发展市民社会，是由中国的民主制度决定的。社会主义则毫无疑问应该是大多数人的民主。社会主义更应建立由普通市民参与的民主，使获得独立、自由的经济人变为管理国家事务的“政治人”，也就是由“市民”变为“公民”，由于历史的原因，我国至今没有使用“市民”一词，无公法与私法的区别，均使用“公民”一词，但深刻的社会变革已使公民一词分别含有公法上的人——公民和私法上的人——市民两种含义。当然，市民又不等于公民个人，还包括法人。中国的经济改革必然导致政治改革，这是不以人的意志为转移的客观规律。但中国是选择了与东欧、前苏联先进行政治改革不同的优先进行经济改革的方案，实践证明这种选择也是正确的。但是，政治改革只有迟早之分，没有可能不可能的区别。实际上，中国的政治改革已悄然展开，获得独立生产地位的农民已经越来越关注农村集体事务，农村已经实行了民主选举，农民将真正成为农村的主人。城镇的股份合作制企业中，股东们也逐渐学会运用民主的方式管理企业，选择企业的厂长或经理。公司制的推行，在国有大中型企

① 参见刘士国：《中国市民社会私法的地位与作用》，《山东法学》1999年第4期。

业导入了民主管理机制。发展民主符合中国人民的利益，民主建

设的目标就是市民主宰国家政治，就是要实行政治的市民社会。

再次，中国构建和发展市民社会，是由中国实行依法治国方略决定的。市场经济与民主制度，必然要求实行法治，中国正处于由人治向法治的历史转型时期，党和政府已经确立实行依法治国方略。作为市民，无论其参与经济生活或政治生活，都需要依法进行，没有成熟的市民社会，就没有现代法治。因此，实行依法治国，有赖于培育成熟的市民社会。这种培育，主要靠市民以自治的原则参与社会管理，法制建设也有促其成长的任务。但中国的市民社会构建初始阶段离不开国家的扶持，中国改革的实践已说明了这一点。国家也在随着市民社会的成长而逐步退出许多领域，市民正逐渐地积极参与市民领域的活动，对来自于行政的不当干预依法予以排除。依法治国，从某种意义上说就是国家为市民创造可行的活动规则而不予主动干预（私法领域）和依照市民的意愿管理国家事务（公法领域），就是在市民社会的基础上管理国家。没有市民社会，就只能是人治而无法实现现代民主意义上的法治。

综上，我们发展市场经济，实现现代化，就是要建构成熟的市民社会，其间必须而且只能以民法为基础。民法是调整市场经济关系的基本法。

二、关于民法调整对象的讨论

民法调整对象的问题，直接关系到我国民法的制定、民法体系的建立，以及民法的实施，曾经在民法、经济法理论界，尤其在《民法通则》颁布前成为争论最为激烈的焦点问题之一。我国《民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”由此，我国理论界长期以来都认为民法调整平等主体间的财产关系和人身关系，似乎已成定论。但是，随着民法调整的社会关系

的发展和民法学研究的不断深入，学者对民法调整对象提出质疑，主要集中在两个问题上：民法调整的财产关系和人身关系的关系问题；民法调整的平等主体的财产关系和人身关系的范围问题。为了制定适应我国社会主义市场经济的民法典和民法的现代化，我们有必要检查《民法通则》定义的调整对象，梳理有关的理论，重新认识我国民法的调整对象。

第一，《民法通则》定义的调整对象的检讨。《民法通则》第2条在总结了我国民事立法、司法和民法理论成果和实践经验的基础上，准确地界定了民法调整的社会关系的法律性质，突出和强调了民法所具备和要求的“平等”性质和特征，比几部具有世界代表性的其他国家民法典规定的调整对象更为直接、具体、明确。因此，《民法通则》第2条的规定不仅体现了民法调整对象的主要部分，而且反映了《民法通则》的中国特色，对我国现行民法体系的建立和民法的实施做出了突出的贡献。但是，由于历史和认识的原因，《民法通则》对其调整对象的规定仍存在一定的缺陷，带有着局限性。

首先，民法的调整对象不能包括它所规定的产生特定社会关系的全部民事主体的种类，不够全面。民法的性质决定了民法调整平等主体之间的关系，但其平等主体的范围应该确定。《民法通则》第2条将其调整对象局限于发生在平等主体之间的以下三方面社会关系：平等主体的公民之间的社会关系；平等主体的法人之间的社会关系；平等主体的公民和法人之间的社会关系。简言之，它把民法的调整对象“在主体上限于平等主体的公民和法人”。但《民法通则》自身规定的主体种类及其相互之间产生的社会关系均与第2条规定的主体种类及其相互之间产生的社会关系相矛盾。《民法通则》直接规定的民事主体和通过立法内容体现出来的民事主体远不只是这两类主体。除了该两类外，它还规定了个体工商户、农村承包经营户和合伙。同时，从《民法通则》规定的内容看，国家在特殊情况下，也可作为民事主体。此

外,《民法通则》第8条第2款规定:“本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。”据此,外国人、无国籍人根据法律规定也可成为民事主体,而公民的概念中并不包括外国人、无国籍人。可见,《民法通则》第2条的调整对象中只列举了公民和法人两类民事主体,这有可能给人以民法的主体似乎仅限于公民、法人范围内,而不包括其他主体的错觉,进而可能缩小民法调整对象的范围,没有全面概括出《民法通则》自身规定的产生特定社会关系的主体类别,存在片面性。

其次,民法的调整对象不能涵盖它所规范的全部社会关系的种类,不够全面。

《民法通则》第2条规定的调整对象,从其内容性质方面分为两类:即平等主体之间的财产关系和人身关系。但《民法通则》自身实际规定的社会关系并不只局限于这两类性质的社会关系。《民法通则》第五章在规定“民事权利”专章中,在立法体例结构上具体做了这样的安排:第一节,财产所有权和与财产所有权有关的财产权;第二节,债权;第三节,知识产权;第四节,人身权。从权利内容性质上看,财产所有权和与财产所有权有关的财产权以及债权,都属于民法上的两大基本财产权。传统民法调整和保护财产权一般为物权、债权、继承权。故应把物权、债权归入财产权一类权利中。人身权具有人身非财产利益,它本身就是不同于财产权的独立的权利种类。知识产权在《民法通则》中虽然作了专节规定,但第2条的规定并没有,也无法包括基于知识产权而产生的社会关系。这不仅致使在立法上产生了矛盾与冲突,也使其规定的调整对象不够全面。

所以,《民法通则》第2条规定的调整对象被封闭于平等主体的公民之间、法人之间以及公民、法人彼此之间,被封闭于公民、法人彼此之间的财产关系和人身关系范围内,不具有开放性和全面性,并且因该规定的外延已经被立法特定化,即使通过立