

21世纪中国民法之展望

—— 海峡两岸民法研讨会论文集

王卫国/主编

中国政法大学出版社

21 世纪中国民法之展望

——海峡两岸民法研讨会论文集

王卫国 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

21 世纪中国民法之展望: 海峡两岸民法研讨会论文集/王卫国主编. - 北京: 中国政法大学出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 5620 - 3148 - 2

I. 2... II. 王... III. 民法 - 中国 - 文集 IV. D923.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 008945 号

-
- 书 名 21 世纪中国民法之展望: 海峡两岸民法研讨会论文集
主 编 王卫国
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
规 格 787×960 16 开本 41.25 印张 825 千字
版 本 2008 年 2 月第 1 版 2008 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 3148 - 2/D · 3108
定 价 68.00 元
-

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所



序

民法是最具制度理性和实践智慧的法律部门。民法学是最有人文精神和学术魅力的法学学科。民法因其深邃的思想、缜密的思维、悠久的历史和丰富的经验而成为思想者攀登的高峰和实践者耕耘的田园。一国之民法研究水平，反映了该国法制文明的发达程度。

当前，我国民法典的编纂正迈着坚实的步伐坚定前行。在此过程中，既需要已有知识的整理和反思，也需要新鲜思想的激发与碰撞。我国台湾地区的民法学有着长期的学术积累，拥有一批杰出的学者。台湾地区的学术成果，向来为大陆民法学者所关注；而大陆地区的立法进展，也一直为台湾民法学者所瞩目。

为了推动我国的民法典研究，加强海峡两岸民法学者的交流，由中国政法大学民商经济法学院主办的“21世纪中国民法之展望——海峡两岸学术研讨会”于2006年6月10日至11日在北京隆重举行。在为期两天的会议中，来自海峡两岸的150余位民法学者会聚一堂，以面向未来的姿态，围绕我国民法典制定过程中的热点问题，按照民法总则、物权、知识产权、亲属、债与合同、侵权行为六个专题，展开了热烈而又富有成效的讨论。这次跨越海峡的学术盛会，既为中国民法典的制定贡献了新鲜成果，也为两岸的学术交流注入了新的活力。作为本次研讨会的主办方负责人，同时也作为一名民法学人，我非常高兴地看到两岸学者为此次会议精心撰写的近50篇论文结集出版。

我以为，学术研究有三个要素，即发现、证明和构建。发现，代表着一种探索 and 追求的精神。证明，代表着一种求实和理性的精神。构建，代表着一种开拓和创造的精神。学术研究所做的一切事情，归根到底就是要不断地



发现、证明、建构。民法学研究同样如此。我相信，从收入本书的这些论文中，读者可以体会到民法研究“发现、证明和建构”的学术乐趣，感受到民法学者“探索、求实和开拓”的人格魅力。

是为序。

王卫国



目 录

大陆法系民法典的立法体系与精神内涵	刘得宽 (1)
现代民法视野下的中国民法定位	
——民法私法性及其在现代社会的挑战	高富平 (7)
论民法典的民族品格	王崇敏 陈教翔 (16)
论中国民法典之继受与创新	陈界融 (25)
民法典需求与供给的经济分析	王建平 林激光 (34)
回归民法	柳经纬 (44)
论基本原则在民法体系中的地位	王卫国 (55)
公序良俗的判断：形式标准与实质标准	戴孟勇 (60)
溯源求本道“权利”	申卫星 (78)
请求权与民法典的体系思考	田土城 (91)
自然人民事责任能力性质的再思考	孙 毅 王先平 (107)
海峡两岸财团法人制度分析	屈茂辉 章小兵 (114)
论潜在损害的诉讼时效	谢鸿飞 (133)
论人格权的支配权性质	马俊驹 (144)
论一般人格权的立法模式	
——以德国与瑞士立法例之对比考察为中心	曹险峰 (156)
近代以来中国亲属法的思想基础	金 眉 (166)
物权与债权的区分及其理论基础	
——以德国法为中心	李遐楨 (179)
物权、知识产权与民法典编纂	温世扬 (191)
物权法草案“违宪”了吗？	
——质疑巩献田教授的《公开信》	易继明 (197)
统一还是多元	
——私法统一背景中的“欧洲物权法”	宁红丽 (269)
物权制度设计的正义维度与效率维度	
——伦理学与经济学的视角	易 军 (289)



物的概念若干问题	张双根 (309)
不动产权利登记的效力及其限度	李凤章 (319)
异议登记与财产保全制度之比较	
——兼论异议登记制度在我国物权法上的建构	刘保玉 孙超 (338)
宪法所有权和私法所有权之区分及其意义	
——评《物权法草案》第四、五章	徐涤宇 (350)
打造中国农民土地财产权利制度	於向平 秦凤伟 (360)
法经济学视角下矿业权公法管制之私权制约	李显冬 (389)
两岸抵押权法律制度比较研究	石峰 (398)
我国债权质押立法之思考	陈本寒 (404)
论转质	汪渊智 姚黎黎 (417)
关于我国确立准占有制度的思考	刘智慧 (428)
论中国立法吸纳外国法方式之演变	王军 高建学 (439)
解读《合同法》中的漏洞	李永军 (446)
从《合同法》第 18 条看我国的法律继受与法律发展	耿林 (455)
定型化契约与消费者权益之保护	
——以信用卡为例	陈俐茹 (469)
论违反强制性规定行为之效力	
——兼析《合同法》第 52 条第 5 项的理解与适用	孙鹏 (481)
民法上恶意串通行为之效力研究	朱建农 (495)
无权处分行为及其相关制度研究	
——关于《合同法》第 51 条的理解问题	朱建农 (508)
减价责任的逻辑构成	韩世远 (526)
论错误、不完全给付与物之瑕疵担保责任之竞合	林诚二 (541)
论知识产权交易中善意第三人之保护	
——以技术合同解释第 12 条第 1 款为线索	于飞 (560)
对侵权法归责原则的思考	胡安潮 (571)
从“最高法院”裁判论侵权行为之违法性	陈聪富 (577)
土地征收侵权原因及对策分析	丁文 彭真明 (605)
雇主责任归责原则探析	
——兼评最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律	
若干问题的解释》第 9 条规定	靳文静 (616)
论医师违反产前诊断义务的赔偿责任	房绍坤 王洪平 (631)
我国无因管理制度的完善论纲	叶知年 (646)



大陆法系民法典的立法体系与精神内涵

刘得宽*

一、前言

大陆法系的民法典乃在罗马法的影响下所形成。公元6世纪,东罗马帝国查士丁尼(Justinianus)皇帝将罗马共和国·帝国的数百年来“判例”(Actio Writ)汇编成册,形成市“民法大全”(Corpus Juris Civilis)。在该大全中分量最重的两大部分即“学说汇纂”(Pandekten,又称为 Digesta)与“法学提要”(Justitutiones)。德国系民法典乃袭自“学说汇纂”,法国系民法典则袭自“法学提要”。惟近世德国的私法学家又将该“学说汇纂”再加以整理成体系化、抽象化,完成大业者为19世纪的潘德克顿(Pandekten)法学。^[1]

以下就对于大陆法系民法典的立法体系加以分析与说明,并阐述民法典为社会的基本法(Constitution“构成原理”),^[2]而且在最后的结语中还加些个人的感想。希望就此能为当前中国大陆地区正在进行的民法典编纂工作提供一些参考资料,更盼能为此获取“抛砖引玉”之效。

二、德、日民法典和我国台湾地区现行“民法”条文的配列方法

——采取罗马法上的学说汇纂“Pandekten”的方式为其特色^[3]

(一)学说汇纂式与法学提要式

大陆法系的民法典乃受到公元6世纪东罗马帝国皇帝查士丁尼(Justinianus)(以下简称为优帝)所编的罗马市民法大全(Corpus Juris Civilis)上立法体系的影响。该罗马法大全由学说汇纂(Pandekten)、法学提要(Justitutiones)及敕令(Codex)三大部分构成。

* 日本东海大学法学部教授。

[1] 刘得宽:《法学入门》,中国政法大学出版社2006年版,第379页以下;[日]五十岚清:“大陆法与英美法”,法学Seminar 87号,第4页以下。

[2] [日]山本敬三:“基本法上民法”,Jurist No. 1126,第261页以下;[日]星野英一:“民法的前进”,第9页。

[3] [日]松尾弘:“民法学 Bible——所谓民法条文”,法学Seminar,2006年6月,第14页以下。



因此,日后受其影响的主要大陆法系民法的编列方式也分成二类,德、日及我国台地区的现行民法典乃采用第一类学说汇纂方式(德国系统),法、奥及日本旧民法典则采取第二类法学提要方式(法国系统)。

1. 学说汇纂(Pandekten)的条文编列方法。其最大的特色乃是将一般性通用的共同规定,概括于最前头总则中,然后按其具体性程度往下降的规定方法来编列。据此从“一般的规定进入特殊的规定”的编列方法,此在民法典的“目次”中亦可看得出来;民法典乃以“编、章、节、款、目”的顺序来贯之,例如《德国民法典》、我国台湾地区“民法”第一编为总则,从此开始,第二编债、第三编物权、第四编亲属、第五编继承,各编都从第一章通则开始。编、章、节、款、目顺次规定中,最初的规定都相当的抽象,由抽象进入具体。此即阅读民法典或民法的书本与阅读小说或其他书籍,所给人的感觉最不同的地方。

2. 法学提要(Justituciones)的条文编列方法。此乃出于公元2世纪罗马帝政时期的罗马法学家盖尤士(Gaius)所编的法学入门教科书法学提要(Justituciones)上所采用的编列方式,该方式为:人法、物法、物的移转及债权债务法、诉讼法来构成之,日后成为优帝在公元6世纪编纂罗马市民法大全中法学提要的基础。此种编列方式,经过数世纪的演变与发展,被1794普鲁士的一般地区法(P. Landesrecht),1804年的《法国民法典》(拿破仑法典),1811年的奥地利一般民法典以及1890年的日本旧民法草案等所采用。其编列上的最大特色为:采取权利主体、权利客体、权利的变动等理论性的条文编列方式。而且在权利变动编中包含法定继承,遗嘱,从基础契约的权利变动以至于无因管理,不当得利等准契约,侵权行为,担保权,占有权,以及因时效权利变动等。

以1804年的《法国民法典》为例,第一编为“人”,第7~515条;第二编“物及所有权之各种态样”,第516~710条;第三编“所有权取得之各种方法”,第711~2281条(现行《法国民法典》共计有2283条)。

3. 于19世纪在德国发展科学性(Wissenschaft)的法律学,据此产生学说汇纂式德国法学教科书。此乃将共通性事项概括的规定于前头的总则中,并将法学提要方式庞大权利变动编中的“时效”列入了总则中,物权变动,占有权,担保权等则列入物权编中,继承法亦从权利变动编独立,亲属法亦从人编的部分独立,而把它摆在继承法的前面,二者成为家族法的关联法。以致采取学说汇纂方式的德国民法典,则以总则、债权、物权、亲属、继承等5编为其基本构成。我国台湾地区的“民法”及日本民法典也采此方式。^{〔1〕}

其实,学说汇纂方式或法学提要方式在本质上并无不同。前者还维持后者的基本

〔1〕 因现行德国民法乃以1896年德国民法第二次草案定稿,台湾地区“民法”采之。惟日本现行民法典则采自1887年德国民法第一次草案,所以将“债”规定于第三编,“物权”规定于第二编,而且不采物权行为的独立性。



构造。学说汇纂方式的第一编总则中也规定:权利主体“人”(第一编第二章),权利客体“物”(第一编第三章),权利的变动“法律行为”(第一编第四章)。

据此亦可看出此乃法学提要的缩影(Mini Institutions),二者均可谓采取以权利主体、客体、变动、效果为其理论基轴的“权利本位体系”。为理解学说汇纂方式民法典的全体构造起见,必先要有此概念在脑海中。

(二)学说汇纂式之条文的配列

由“一般规定进入特殊规定”,然后再由“特殊规定向一般规定”确认条文。抽象性的理论规定,必以具体性的各论来补充之。其有以下的特点:①因采取理论性、层次性的配列方法,可尽量避免规定上的遗漏;②可避免重复规定来节约条文数;③经由条文的阶层结构,易于把握民法典的全貌。

相对的,对具体的事件适用条文时,则必须相反的从特殊规定溯及至一般关联规定来确认及适用之。

(三)物权编与债权编的区别

采取学说汇纂式的德国19世纪末民法典,乃将债权与物权的区别意识更为明确化。例如,采取法学提要式的《法国民法典》,对于所有权的移转,除因继承遗嘱以外,还有经由买卖、互易等等债务效果而生者,均归入于第三编“各种所有权取得方法”中,然采取学说汇纂方式者乃将债权行为与物权行为分离。买卖行为乃债权行为,据此卖主有将财产权移转于买主的义务,买主对卖主则有给付价金的义务;所有权之移转,则另须有物权移转的要式性行为,即书面或公证上的合意(Auflassung)加上不动产物权移转登记(Eintragung);若动产则需合意移转加上交付。《德国民法典》、我国台湾地区“民法”以不动产的“登记”与动产的“交付”作为物权行为生效要件。甚至于还采取物权行为的独立性与无因性理论。^[1]日本民法则因采自1887年的德国民法第一次草案的关系,将登记或交付作为对抗要件而非生效要件,但在其观念上,还是有将物权行为与债权行为予以区别。

(四)将继承编分离、独立(详述略)

(五)将总则编“人”章与亲属编“监护”章分离(详述略)

三、民法为社会之“基本法”——社会的“构成原理(Constitution)”

(一)基本法上民法的意义与任务^[2]

宪法为“国家的基本法(Constitution)”,民法则为“社会的基本法(Constitution)”。民法常被称为私法上的“一般法”,无特别规定则适用民法。而且民法、宪法同具

[1] [日]山田晟:《德国联邦共和国法的入门与基础》,有信堂1993年版,第128页以下;[日]村上/守矢/Marutschke:《德国法学入门》,有斐阁改订第6版,第129页以下。

[2] [日]山本,前揭注,第265页。[日]山本:“有关民法动体系论之检讨”,载《法学论丛》第138卷1、2、3号,第251页以下。



有“基本法”的性格。民法在具体上指何种意义的基本法？此可由外部的体系结构和内部的保障体制视之。

1. 外部的体系结构面。就私法的领域而言，能够完全说明其基本概念框架构造者，除民法外无他。盖以民法乃设置私法领域架构。此可就采取“学说汇纂”(Pandekten)方式，由德、日民法典及我国台湾地区的“民法”中视之。

例如，民法总则中规定权利主体——人、自然人、法人，权利客体——物，权利变动原因——法律行为、时效等。此乃有关权利变动所常必备的要件。据此，“民法总则”乃为民法其他部门以及广泛围一般法提供有关权利义务的基本构成。

除此之外，将权利再分成债权与物权乃现行民法典之特征。债权或物权各自内部也规定其权利的发生、变更、消灭。就债权的发生原因而言，有契约、无因管理、不当得利与侵权行为等下位类型构成。物权就其内容分成所有权、用益物权、担保物权等下位类型构成。据此，在民法上不用说，在民法外的领域里凡提及权利问题时，大都采此框架。

再者，就“契约”(合同)的全貌视之，首先也将它分成成立、效力、解除三阶段。再就其下位类型内容，形成典型(类型)契约。据此，形成基本契约的类型。既然民法具有基本法的性格，则起码要能够借此说明今日市场交易的基本结构。

2. 内部的保障体系面。^{〔1〕} 民法典乃社会的构成原理、基本法，就如同宪法为国家构成原理、基本法。当然，位于国家法秩序顶点的最高法规乃宪法。①民法典主要以保护及实现市民的基本权利——人格权、债权、物权以及亲属法上的权利等私权的中核——为目的。其主要是规定私权的主体、客体、变动、效果等基本事项。②为确实保护及实现基本权利而规定公法，设立政府的立法部、司法部及行政部等组织，且赋予其权限(国家的公权)。③为防止基于公法赋予国家、地方公共团体以及其他公法人强大政府公权力之滥用或脱漏起见，为此再设控制的规准，在宪法中又另设保障基本人权(个人性公权)的章节。以致限制政府的权力滥用。本来，基本人权的观念，也可间接透过民法的诚信原则(台湾地区“民法”148Ⅱ，《日本民法典》1Ⅱ，《德国民法典》138Ⅰ)，权利滥用禁止(台湾地区“民法”148Ⅰ，《日本民法典》1Ⅲ)，以及不得违反公序良俗原则(台湾地区“民法”72，《日本民法典》90，《德国民法典》138Ⅰ)等一般条款规定或解释以资实现。民法上人格权侵害的侵权行为赔偿请求亦得使用(台湾地区“民法”195，《日本民法典》710，《德国民法典》823Ⅰ)，例如对于男女就业不平等的解雇规定，一方面违反宪法“法律面前人人平等”的规定，同时也违反民法“公序良俗”之规定。

(二) 宪法与民法的关系

1. 宪法乃国家的基本法，即使对于市民相互间的私权关系并不直接干预，然宪法

〔1〕〔日〕松尾弘，前掲注，第18页。



对于民法仍具有很大的意义。其关键为,民法也具有国法的性格,所以也应受到国家基本法——宪法之拘束,同时也与其他的国法有密切的关系。

虽然宪法为国家的基本法,民法为社会的基本法,但二者应互相协力来达成国家与社会的基本法上任务。

2. 近年来将宪法条文直接引用到民事判决的日、德实例。

(1)日本早稻田大学(1988年7月下旬)江泽民先生演讲会与与会者名单提供给警察事件(日本最高法院平成15年(2003)9月12日判决)。

判旨:认为对于个人隐私权的期待应加以保护,而判令提供者(校方)应负人格权侵害的赔偿责任(日宪法第13条个人尊严,第19条思想良心自由,第23条学问自由,民法709、710条人格权侵害)。

(2)耶和華见证人案。医院未遵守患者为宗教理由,对于肝脏手术拒绝输血事件(日本最高法院平成12年(2002)2月29日判决)。

判旨:认为医院未尽告知(inform and consent)义务,而要医院负精神上损害赔偿(《日本宪法》第13条个人尊严,第20条生命、自由、幸福追求权,《日本民法典》第709、710条人格权侵害)。

(3)1995年德国联邦宪法法院,将最高法院对于21岁少女为父亲高额贷款作连保事件认定为有效的确定判决废弃,而改判其为无效案件。此为宪法在私法上具体适用之闻名判决。^[1]

四、结语*

大陆法系诸国以之为典范的“罗马市民法大全”,乃公元6世纪查士丁尼皇帝(Justinianus)将罗马共和、帝国数百年来之“判例”汇编成册。足见不仅是英美法系,大陆法系的罗马法也属于“判例”、“诉权(Actio Writ)”的产物。因此学习法学对于判例的研究乃不可欠。借对判例的理解、活用、批判及创造性的展开,来实证及了解法条的内涵与真髓。亦可研读此民事纠纷的救济过程为自己提供有益的“法情报”(法讯息),同时还可透过纷争处理结果,为我们提供“社会反映的镜子”。判例也是一个活的教材,因此日本自2004年4月开始实施的法学教育改革(法科大学院制),以及德国自2005年开始实施的法学教育改革都注重判例的研究与实务的经验,以便为21世纪的新社会提供质量均丰的法曹人才。^[2]

再者,民法乃一般基本性的私法,乃基于2000多年的“法文化”,而富于传统性、逻辑性的精密结构。然其与其他的公法、程序法、特别法等也有密切的关联。尤其在现今高度发展的社会中,对于即将或已来临的高科技化、情报化(讯息化)、高龄化以及国

[1] [日]村上/守矢/Marutschke,前掲注,第124、125页;国分典子介绍文,自治研究杂志第71、131页。

* 以上因篇幅、时间所限,详留待后机。

[2] [日]川岛四郎:“判例学习之基础与展开”,法学Seminar,2006年2月, No. 614号,第6页以下。



际化的社会,还必须依赖特别法的制定及判例发展来补充或带动之。惟,对于基本性的民法应少做“开刀”,立法重在求其“落实”与“生根”,“拙速”的修法或立法并非上策。^{〔1〕}

〔1〕 刘得宽:《民法总则》,中国政法大学出版社 2006 年版。



现代民法视野下的中国民法定位

——民法私法性及其在现代社会的挑战

高富平*

一、民法是私法

(一)民法属于私法的历史溯源

从历史渊源上,民法属于与公法对立的市民法范畴。民法的源头是罗马法的市民法(*ius civile*)。市民法最初只是在古老的政治组织——城邦——之外独立存在和演进的规范体系或生活秩序,是一种非成文的习惯和惯例。这种市民自己的“法”^{〔1〕}后来开始了与城邦相互吸纳和融合的过程;这意味着城邦介入到“法”的领域之中,通过针对次要问题的立法活动来实现对法的采纳。其结果由人制定颁布的法——法律(*lex*)占有了一定地位。法律(*lex*)主要涉及的是国家结构和政治生活,最初并不直接涉及由市民法调整的那些关系,不能直接撤销以市民法为根据完成的法律行为。正因为这种调整较小群体的法(*ius*)和调整城邦的法律(*lex*)的对峙,使罗马法出现了最早的公法和私法的划分。“公法是有关罗马国家稳定的法(罗马大法官乌尔比安语)”,即是涉及城邦的组织和结构的法律。而早期的“法”构成罗马私法最初的和基本的核心。因此,从历史渊源上它就是市民社会自己的法,是区别于政治机构制定的法律的法。

近代资产阶级革命的目标之一,是重塑市民社会新秩序。这种新的社会秩序是建立于个人所有权、独立人格和意思自治这三种制度基础之上的。这种新秩序是由《法国民法典》所奠定的。“《法国民法典》仅仅宣布了两条戒律:一条是物的戒律,即人人都应保有所已有的;还有一条是个人戒律,即人人都应照管自己的事情。”^{〔2〕}这一秩序之所以能够建立,与现代民族国家的建立关系密切。现代国家的建立,使政治与社会、政治权利与经济权利相分离的同时,也使私法从公私法不分的封建法制中分离

* 华东政法大学教授。

〔1〕 注意这里的法(*ius*)与法律(*lex*)有差别。

〔2〕 [美]泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第246页。



出来,建立了新的公法与私法分立的法律体制。由此,现代民法重新回归到其初始定位:私法(或市民法)。这一定位,至今未有实质改变。

(二)民法属于私法的表现

民法属于私法,可以从以下几点得到说明。

1. 民事主体:私主体。民事主体大致可分为三类:自然人、法人和其他组织。从本质上,法人和其他组织均是自然人的延伸。因而民法的制度设计基本上是以自然人(个人)为本位的。首先民事主体制度以个人范式建立,法人和其他组织仍然视为个人“特殊体”,其权利、行为、责任仍然模拟或准用个人之规范。至于公法主体参与民事活动,其仍然如此。因此,民事主体以个人为原型;而无论个人还是个人组成的组织体,相对于社会和国家均为私主体。因此,民事主体为私主体。

2. 民事权利:私权利。民法确定个人权利,规范个人权利,保护个人权利。此所谓民法以权利为本位。民法旨在通过规范个人权利,实现人与人之间稳定而有序的社会关系,使社会按自身的规律有序地发展。从其词语渊源上,市民法的“法(*ius*)”一词同时也含有权利的意思。从现代民法内容上,民事权利也是以个人权利为蓝本的。典型的,民法财产权利体系是以个人所有权为基础的,至于法人财产权和其他组织的财产只是准用个人财产权规则而已。因此,民事权利为私权利。私权利的最主要特征是私权利完全受权利主体个人意志支配,因而可以被自由处分和转让。

3. 民事行为:私行为。民事主体为私主体,其权利为私权利,其自然导致民事主体的自我决策和自负责任。这便是私法自治原则。私法自治原则本意上是民事主体自治。而民事主体自治本质上是个人自治。这可以从两点得以说明。其一,私法自治与近代民法崇尚的人格独立、意志自由、契约神圣有关,个人意志之结果——契约——便是私人之间的法律,由此引申出私法自治。其二,任何民事行为均是通过个人意志实现的,在这一点,法人和其他组织亦不例外。而个人行为自然是追求个人利益的私行为,是行为人意志主宰的行为。由此,我们完全有理由认为民事行为就是私行为。

4. 民事责任:“私”责任。与上述制度相联系,权利人对自己的行为负责是民法的基本原则。因此,民事责任亦即民事主体的个人责任,是私责任。这种私责任性体现在:主体上,它由责任人(含法人和其他组织)本人来承担;内容上,仅以补偿相对人损害为主要目的;解决方式上,它允许当事人在一定范围内通过协商确定来补救。这些特征决定了它区别于公法上责任。

5. 民事救济:可私决性。与上述制度相联系,民事救济方式不仅存在自力救济方式,而且还存在协商、调解、仲裁、诉讼等多种方式。即使在公力救济中,也允许协商调解的存在。另外,民事诉讼本质上区别于行政诉讼、刑事诉讼,尽管借助公力手段,但民事诉讼过程仍然贯彻当事人意思自治——诉讼的各个环节都有当事人意志参与。因此,民事争议和纠纷的解决贯彻民事主体自决的特点。

从以上五点看出,民法是以规范私主体、私权利、私行为、私责任和自力救济为主



要特色的法;民法是私法,是相对于规范社会公共权力组织的法律——公法而言的。

二、民法私法性在现代社会的挑战:现代民法含义

(一)民法的时代意义:现代社会对民法的挑战

上述对于民法特性的分析停留在抽象的理性层面,甚至可以说带有理想成份。一旦我们把民法放入社会,放入特定的历史时期,那么我们会发现,民法带有强烈的时代特征。

与人类历史时期相对应,民法也可以分为古代民法、近代民法和现代民法。至于三者的划分界限并没有明确一致的看法。大致说来,近代民法指法国民法典开创的近代法典化运动奠定的民法体系;而近代民法之前各个社会的民法都属于古代民法。而现代民法则是对20世纪之后的民法的称谓。现代民法的基础仍然是近代民法,只是现代社会出现的新变化、新现象对近代民法进行了修正、改变,呈现出一些“与时俱进”的新特点。正如学者指出,“所谓现代民法是指近代民法在20世纪的延续和发展,可以说是现代社会的近代民法。现代民法,是在近代民法的法律结构基础之上,对近代民法的原理、原则进行修正、发展的结果”。^{〔1〕}笔者认为,可以将1900年(《德国民法典》的生效年份)作为近代民法到现代民法的转折点。

关于近代民法到现代民法的转变及近现代民法的特征有许多学者作过论述,其中已故谢怀栻先生的《外国民商法精要》、^{〔2〕}梁慧星先生的《从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾》^{〔3〕}等文中都有非常精湛的论述。

笔者认为,近代民法走向现代民法是历史的必然。人类社会进入20世纪后,社会分工、社会化程度进一步提高,以个人为主体的社会已经被各种组织或团体所取代,社会发展从要求个人拥有绝对自主的所有权、要求自由交换和自由竞争,转变为对权利滥用的限制、要求经济合作和秩序。因此,近代法典化时期所要求的每个人成为经济发起人,成为自我决策自我负责的主体,逐渐地被组织化、有序化的社会——经济组织方式所取代。在这种背景下,国家对市民生活的干预得到承认并日益强化,法律开始重视个人和组织的社会义务,开始强调社会公平和公共利益,形成所谓的社会本位思潮。正如梅利曼正确地指出:“19世纪以个人为本位的国家已为20世纪以社会为本位的国家所代替。”^{〔4〕}

在这样的背景下,出现了民事立法日益渗入公法之中,出现私法公法化现象;同

〔1〕 转引自梁慧星:“从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾”,载《民商法论丛》第七卷,法律出版社1997年版,注释9。

〔2〕 谢怀栻:《民商法精要》,法律出版社2002年版。该书第一章“民法的意义与近代民法的形成”和第二章“从近代民法到现代民法”,对民法的发展进行了全面的概述。

〔3〕 梁慧星:“从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾”,载《民商法论丛》第七卷,法律出版社1997年版。

〔4〕 [美]梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第100页。



时,公法也日益渗入私法的内容,出现公法私法化现象。^{〔1〕}而且在这种日益渗透过程中,产生了兼具有私法和公法色彩的社会法。^{〔2〕}

这些现象的产生,使我们对于民法私法性产生了怀疑。甚至于,有人提出私法意义上的民法已经死亡的疑惑。^{〔3〕}这些疑惑就使我们不得不思考现代民法的本质和特性,思考它的含义何在。

(二)现代民法特征:民法商法化

如果我们将上述抽象的分析作为典型的私法意义上的民法,那么现代民法可以说在许多方面发生着变化,修正了前述的典型特征。

1. 私主体受愈来愈多的限制。近代民法有两个假设:第一,人生而平等,因而每个人都具有平等的主体资格——权利能力;第二,契约自由,每个人都可以自由地取得财产,自主从事法律允许的活动。但是,每个人平等享有权利能力并不等于每个人能实际上参与民商事活动并获得利益。这是因为,除了受民事行为能力之限制外,在现代社会的个人权利能力还受从事民商事活动的资质的限制。这是因为,人类社会从农业社会步入工业社会、信息社会之后,人类民商事活动愈来愈受到国家(政府)的规制。这种规制的出发点和目的在于,调整社会经济秩序,保障交易安全。但结果造成了人们从事具体的民事、商事活动需要取得某种资格、执照、政府许可等。获得这些资质是从事涉及领域的民商事活动的前提或条件,作者称之为活动资质。例如,个人从事经营活动,须申领个体工商户营业执照和独资企业营业执照;个人从事律师、会计、特殊行业的经纪等行业得取得资格证书和(或)执业执照;人们从事捕鱼狩猎、采伐林木、建筑房屋等均须得到许可。个人这样获取社会或生活资源,实际上是不“平等”的。这些限制在一定程度上构成对权利能力的一种限制,实质上导致行为能力的不平等。

在某种意义上,资质并没有根本改变或否定民事权利能力一律平等。但是,各种各样的登记、执照使得这些个人脱离民事主体性质,而成为商事主体或者具有商事主体的性质。因此,尽管民法上承认自然人民事主体资格,但是,在从事营业环节上,自

〔1〕 私法公法化的含义是,私法中引入原本属于公法的内容及手段。如,对社会公平和正义的关注,对公共利益的强调,强制性规范的增多。而公法私法化的含义是,公法中融入了许多私法规范。最典型的表现是,财产权利和人权纳入宪法。于是,宪法成为民法中财产权和人身权的上位法。另外,现代许多行政法等也都涉及确认、保护或限制私权利的内容。

〔2〕 在作者看来,社会法是私法渗入公法的结果,是私法公法化的表现。如果说民法/私法是通过私主体的利益来建立其规范体系的,那么,社会法的价值基础便是社会利益或公共利益。但是,社会法调整的法律关系基础在许多方面仍然是平等主体之间的法律关系,只是体现在国家对这种法律关系的干预方面和强制规范方面。

〔3〕 比如,有代表性的如美国法学家吉尔莫的代表作“契约的死亡”。与此形成鲜明对比的文章是日本法学家内田贵的文章“契约的再生”。这两篇文章都被收入梁慧星先生主编的《为权利而斗争》一书中。参见梁慧星主编:《为权利而斗争》,中国法制出版社 2000 年版。