

私
法
研
究

中国民法典制定问题研究

——兼及民法典的社会基础及实施保证

刘士国 著

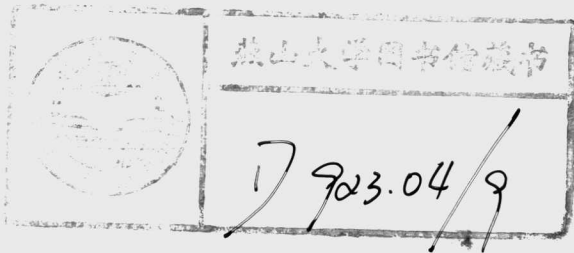
山东人民出版社

刘士国 著

中国民法典制定问题研究

—兼及民法典的社会基础及实施保证

山东人民出版社



0763081

~85

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典制定问题研究:兼及民法典的社会基础
及实施保证/刘士国著. — 济南: 山东人民出版社,
2003. 1

(私法研究/刘士国主编)

ISBN 7-209-03230-4

I. 中... II. 刘... III. 民法-法典-法的制定-
研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 026083 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 6.25 印张 4 插页 150 千字

2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

印数 1—4000 定价: 12.00 元

序

1998年10月26日至30日,第二届亚洲法哲学会议在韩国汉城延世大学和济洲岛济洲大学举行,主题为“多元化亚洲社会法的作用与功能”。我应邀与会并作了《中国市民社会私法的地位与作用》的主题报告,引起与会者广泛的兴趣。这是因为,亚洲的日、韩等国,为资本主义市民社会,人们对此无疑议,而中国是社会主义国家,谈市民社会是个几近全新的话题。面对外国学者的诸多疑问,我均一一作答。出席该次会议的另一中国代表郭道晖先生对我的论文与回答作了充分肯定,回国后发表了会议述评。^①这次会议增加了我对中国市民社会的浓厚兴趣,激发了研究热情。之后,正值中国民法典立法在合同法通过的基础上紧锣密鼓地进行,对中国民法典进行研究并试图同市民社会结合,便成为我近年研究的重要问题,以至于将此确定为博士论文的题目。

本论题的意义重在研究中国民法典制定的基本问题,并力求探明中国民法典的社会基础及实施保证。

尽管人们对中国是否是市民社会存有疑虑,但我坚信处在电子网络、揭示基因、研究纳米技术、实行改革开放20余年,实行市场经济也已10年之久的中国,其市场经济的发达程度,社会成员的自由度及人们通过社会团体发生的广泛联系决不比马车时代的法国民法典和汽车刚刚面世之时的德国民法典所赖以产生的市民

^① 参见郭道晖:《多元社会中法的本质与功能——第二次亚洲法哲学大会述评》,载《中外法学》1999年第3期。

社会的发育程度差多少。因此,我不回避这一选题可能引起的争议,执着探讨。

本课题第一章研究民法是市民社会的一般私法,重点从马克思主义的市民社会理论揭示中国市民社会与民法典的任务,肯认民法的私法性质;第二章介绍评价俄、越、蒙周边国家最新立法并从中得出对制定我国民法典的启示;第三章探讨中国民法典的体系及应规定的基本原则;第四章探讨私法自治及相关法律行为与合同问题;第五章探讨完善法人制度的若干立法问题;第六章探讨社会主义市场经济条件下所有权的新变化;第七章论证当代中国侵权行为法的新课题;第八章探讨市民社会条件下如何通过创设判例制度,繁荣民法解释学,保证中国民法典实施后在实践中发展(不涉及保证民法典实施的其他方面,而判例制度必涉及其他法律)的问题。

作者

目 录

序	(1)
第一章 民法是市民社会的一般私法	(1)
1.1 罗马市民社会及资本主义市民社会与民法	(1)
1.2 马克思、恩格斯的市民社会与民法观	(4)
1.3 形成中的中国社会主义市民社会与民法典 的任务	(7)
1.4 我国民法是私法	(11)
1.5 民法与商法	(19)
第二章 俄、越、蒙民法典概要及对中国制定民法典 的启示	(21)
2.1 俄罗斯联邦新民法典第一部	(21)
2.2 越南民法典	(29)
2.3 蒙古民法典	(37)
2.4 俄、越、蒙民法典对制定中国民法典 的启示	(38)
第三章 中国民法典的体系及应规定的基本原则	(42)
3.1 中国民法典体系之私见	(42)
3.2 评两个学者建议稿及物权法、财产法之争	(51)

3.3	中国民法典应规定的基本原则·····	(61)
第四章	私法自治、法律行为与合同 ·····	(70)
4.1	私法自治的历史发展·····	(70)
4.2	中国民法典制定中的法律行为问题·····	(74)
4.3	合同法的若干问题·····	(77)
第五章	法人的立法问题 ·····	(84)
5.1	法人的概念、本质·····	(84)
5.2	法人的终止·····	(87)
5.3	法人的目的外活动·····	(88)
5.4	社会团体法人·····	(91)
5.5	法人格否认·····	(93)
第六章	社会主义市场经济条件下的所有权 ·····	(98)
6.1	评“国家所有权主体的惟一性与统一性” ·····	(98)
6.2	集体所有权若干理论观点评析·····	(113)
第七章	侵权行为的重要问题 ·····	(126)
7.1	过错、无过错责任的交错及立法选择·····	(126)
7.2	监护人责任、学校事故及胎儿的 利益保护·····	(138)
7.3	安全关照义务·····	(149)
第八章	中国民法典实施的保证——判例法与法解释 ···	(167)
8.1	“判例”的概念与判例的法源性·····	(167)
8.2	判例法生成的原因——法官法解释	

的必要性	(175)
8.3 完善我国判例法的构想	(184)
重要参考书目	(188)
后 记	(192)

第一章

民法是市民社会的一般私法

1.1 罗马市民社会及资本主义市民社会与民法

市民社会(Civil society)一词,最早见于古希腊,亚里士多德将 Civil society 等同于“polis”(城邦)。^①古罗马的西塞罗在《论共和国、论法律》一书中,将市民社会解释为“单一国家,而且也指已达到出现城市的文明政治共同体的状况。这些共同体有自己的法典(民法)……”^②因此,市民社会,在古代西方是指城邦或市民的共同体——国家,是指区别于野蛮民族的政治社会。构成政治社会基础的是当时从事商品交易的城邦“市民”,市场意义的市民社会与政治意义的市民社会融为一体。这个社会形成了调整市民间商品交易关系的基本法律——市民法,最典型的是古罗马的市民法(Juscivile),最早的成文法是罗马的十二表法,这个法律又是对以往习惯法的总结。正如马克思所说:“先有交易,后来由交易发展为法制。”^③社会分工是交易产生的前提,农业与畜牧业、手工业与农业、商业与农业的三次大分工促进了交易的发展。正如恩格斯所指出的那样,“在社会发展的某个很早的阶段,产生了这样

① 参见邓正来:《市民社会与国家——学理上的分野与两种架构》,载邓正来等编:《国家与市民社会》,第79页。

② [古罗马]西塞罗:《论共和国、论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第215页。

③ 《马克思恩格斯全集》第4卷,第187页。

一种需要:把每天重复着的生产、分配、交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件,这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^①

罗马市民法是调整罗马城邦居民关系的法律。随着罗马疆域的不断扩展产生了以大法官告示为主要渊源的适用于涉及被征服地居民关系的万民法。由于万民法的灵活性,逐渐战胜了市民法繁琐古板的形式主义程序,适用于罗马市民之间,市民法的基本规则也当然地融入万民法之中,两法在社会发展中近乎自然地消除了原有的差别。公元6世纪时,罗马皇帝查士丁尼便将当时的法律汇编为统一的法典,史称《查士丁尼法典》,后世称《国法大全》。《查士丁尼法典》,是典型的前资本主义市民社会的民法。

欧洲中世纪末期,出现了从事商品交易的市民阶层,即第三等级。从19世纪开始,“市民社会”被用来专指从中世纪封建社会的种种政治性支配下获得解放的近代市民阶层之间的关系,被认为是一个“脱国家脱政治的领域”。市民是平等自由的、具有独立人格的财产所有者。调整市民间关系的法律被称作市民法,是由私的所有、合同、法的主体性三个基本要素构成的。^②

资本主义以市民社会为基础,被称为是“天赋人权、人赋国权”的社会,其理论是卢梭的“社会契约论”,即认为在国家成立之前存在市民社会,市民依契约建立了国家。资本主义自由竞争时期典型的民法典是法国民法典(Civil code),直译为法国市民法。这部法典是在拿破仑主持下制定的,又称拿破仑法典。该法典以资本主义市民社会为基础,吸取了罗马法的精华,大体采用了罗马法的体系,分为人、所有权和取得所有权的方法三编,所有权的取

① 《马克思恩格斯选集》第2卷,第538~539页。

② 参见〔日〕吉田克己:《现代市民社会的构造与民法学的课题》,载《法律时报》69卷6号。

得方法主要包括合同、继承,所不同者是将诉讼排斥于法典之外另设诉讼法典,是公、私法分离的重要标志。资本主义垄断时期的典型民法典是德国民法典。德国民法典反映了资本主义市民社会发展的需求,在体系上分为总则、债权法、物权法、亲属法、继承法。总则抽象出调整市民社会关系的共同规则,使民法更为科学。债权法与物权法的分立及债权法列为第二编反映了财产证券化的实际。德国民法典明确规定了作为经济人团体的法人。广义的市民,不仅包括自然人,也包括法人。现在大陆法系各国的民法典,大体上可划分为法国法系与德国法系,德国民法典制定前制定民法典的各国,多仿照法国民法体系制定法典,德国民法典制定后制定民法典的各国,基本采用德国民法典体系,包括日本民法典和旧中国民法典(《中华民国民法》)。

资本主义市民社会,可分为两个阶段。第一阶段为“近代的市民社会”,始自1790年的产业革命,到19世纪末进入垄断资本主义。这一时期,资本主义民法在立法上虽然规定人人平等,但具体规定并不平等,家长制被保留下来,妻、未成年人的权利能力、行为能力均受封建的家长制的限制,经济上也不享有独立的平等的所有权,不能独立订合同,但较古代市民社会和中世纪专制等级社会进步。近代市民社会的基础是家庭资本主义经济,必然保留家长制。随着家庭经营向现代化大生产的过渡,家长制逐渐削弱并最终崩溃。20世纪初,资本主义发展为“现代的市民社会”,现代化大生产的组织形式——公司制使家长制丧失了存在的经济基础,民法逐渐得以修改,逐渐实现了法律上的平等。特别是二战之后,美、英、法、德等主要资本主义国家的民法,基本消除了性别、种族歧视,市民在法律上的平等基本实现。日本是封建传统比较顽固的国家,在民法实行100年之际(1898年7月16日施行),社会各界关于修改民法及其他法律中对妇女的歧视条款的呼声很高。学者认为日本虽进入现代市民社会,但尚未真正建立起现代的市

民社会。^①“市民社会”的现代意义,是指国家中心主义或官僚中心主义的终结和市民活跃的时代,^②即不仅国家的经济活动中心是市民的活动,政治活动的中心也是市民活动。就政治活动的中心而言,资本主义是通过以市民为基础的民主运动才逐步建立起来的,欧美发达的资本主义国家在上世纪六七十年代已发展为政治的市民社会,而日本 70 年代才开始进入这一时代,韩国则始自近年的民主运动。

1.2 马克思、恩格斯的市民社会与民法观

马克思主义创始人关于市民社会的理论贡献,在市民社会理论发展史上占有主要地位,就连资本主义国家的学者论述市民社会时也均予尊重。不仅如此,马克思主义创始人甚至对有关的民法作了精辟的论述。

马克思在《黑格尔法哲学批判》一文中,继承了黑格尔市民社会中的合理因素,批判了其错误的方面。继承黑格尔的合理因素,主要是马克思与黑格尔一样,均将市民社会看做是私人利益的体系,认为个人是市民社会的基础,也重视在生产和交往中发展起来的社会组织的作用。但对国家与市民社会的关系,马克思作出了与黑格尔截然不同的结论,黑格尔认为市民社会依附于国家,而马克思认为国家以市民社会为基础。马克思指出:“政治国家没有家庭的天然基础和市民社会的人为基础就不可能存在。它们是国家的 *conditio sine qua non* (必要条件)。但是在黑格尔那里条件变

^① 参见〔日〕吉田克己:《现代市民社会的构造与民法学的课题》,载《法律时报》69卷6号。

^② 参见〔日〕今井弘道:《关于日本的市民问题——“官僚的政治文化”与“市民的政治文化”》,载今井弘道编:《市民的时代》,北海道大学图书刊行会,1998年版。

成了被制约的东西,规定其他东西的东西成了被规定的东西,产生其他东西的东西变成了它的产品的产品。”^①马克思又认为市民社会与政治国家是相对分离的,法国革命已将市民社会从政治国家中解放出来,但他又认为仅有政治解放还不够,还必须废除私有制,实现社会解放才能达到人类的真正解放。

马克思、恩格斯在《德意志意识形态》这篇重要著作中,详细分析了社会分工产生的个人利益与公共利益的矛盾,对市民社会作了进一步的分析。马克思、恩格斯首先将市民社会看做是社会的经济基础,因为任何社会均有分工,分工即构成社会的经济基础。因此,马克思、恩格斯提出“市民社会是全部历史的真正发源地和舞台”。^②这是广义的市民社会概念。其次,马克思、恩格斯将市民社会看做是分工基础上的交往形式,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。”^③这也是广义的市民社会概念。交往形式,是一种生产关系,也即经济基础。马克思、恩格斯进一步论证了经济基础对上层建筑的决定作用,指出:“从直接生活的物质生产出发阐述现实的生产过程,把同这种生产方式相联系的、它所产生的交往形式即各个不同阶段上的市民社会理解为整个历史的基础,从市民社会作为国家的活动描述市民社会,同时从市民社会出发阐明意识的所有各种不同理论的产物和形式,如宗教、哲学、道德等等,而且追溯它们产生的过程。”^④马克思、恩格斯所谓的交往又是指商业活动和工业活动,进一步指出:“市民社会包括各个人在生产力发展的一定阶段上的一切物质交往。它包括该阶段的整个商业生活和工

① 马克思:《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252页。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷,第88页。

③ 《马克思恩格斯选集》第1卷,第87~88页。

④ 《马克思恩格斯选集》第1卷,第92页。

业生活,因此它超出了国家和民族的范围,尽管另一方面它对外仍必须作为民族起作用,对内仍必须组成为国家。”^①第三,马克思、恩格斯的市民社会有时单指资本主义。这是狭义的市民社会。马克思、恩格斯说:“‘市民社会’这一用语是在18世纪产生的,当时财产关系已经摆脱了古典古代的和中世纪的共同体(Gemeinwesen)。真正的市民社会只是随同资产阶级发展起来的;但是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的观念的上层建筑的基础。”^②

马克思、恩格斯在论述市民社会的基础上肯定了与市民社会密切联系的民法的产生和发展,指出:“私法和私有制是从自然形成的共同体(Gemeinwesen)的解体过程中同时发展起来的。在罗马人那里,私有制和私法的发展没有在工业和商业方面引起进一步的结果,因为他们的整个生产方式没有改变。……当工业和商业——起初在意大利,随后在其他国家——进一步发展了私有制的时候,详细拟定的罗马私法便又立即得到恢复并取得威信。后来,资产阶级力量壮大起来,君主们开始照顾它的利益,以便借助资产阶级来摧毁封建贵族,这时候法便在所有国家中——法国是在16世纪——开始真正地发展起来了,除了英国以外,这种发展在所有国家中都是以罗马法典为基础的。即使在英国,为了私法(特别是其中关于动产的那一部分)的进一步完善,也不得不参照罗马法的原则。”^③

① 《马克思恩格斯选集》第1卷,第130页。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷,第130~131页。

③ 《马克思恩格斯选集》第1卷,第132~133页。

1.3 形成中的中国社会主义市民社会与民法典的任务

中国社会主义是否是市民社会或社会主义市民社会是否在形成中? 社会主义民法是否是市民法? 这些尚有待取得共识。

用马克思、恩格斯关于市民社会是经济基础和交往形式, 交往形式是商业活动和工业活动及市民社会构成国家基础的广义概念分析, 中国现在虽不是成熟的市民社会, 但至少是形成中的市民社会, 因为已经实行了市场经济, 各种社团组织在形成中。中国应在现有的基础上发展社会主义市民社会。

中国之所以要发展市民社会, 首先是由发展社会主义市场经济决定的。在计划经济体制下, 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, 首先是在农村, 农民取得了土地的承包经营权; 其次是在城镇, 企业获得了相对独立的经营自主权。进入了 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, 推行公司制, 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》、《民法通则》、《公司法》、《票据法》和《劳动法》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

刻变革还远没有终结,市场经济的进一步发展必将打破一切不利于个人、企业独立参与社会经济活动的束缚,由这些独立的经济人主宰社会经济活动的市民经济社会正在逐步建立中。

其次,中国要发展市民社会,是由中国的民主制度决定的。如果说,资本主义是少数大资本者控制的民主,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”。中国民法,由于历史的原因至今没有使用“市民”一词,无论公法与私法,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。80年代末,中国就经济改革和政治改革何者优先曾发生过争论,面对改革的失序现象,一些人主张靠强大的政治权威提供经济发展的良好条件,称新权威主义;而另一些人则主张先进行政治体制改革,以保证中国经济的发展,称民主先导论。^①显然,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,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,在国有大中型企业也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,中国发展市民社会,是由中国实行依法治国方略决定

^① 刘军、李林:《新权威主义》,北京经济学院出版社1998年版。

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过渡时期,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,都需要依一定的规则——法律来进行,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。关于如何发展市民社会,国外有“造反对立说”和“避风港说”。“造反对立说”将政治社会的国家与市民社会对立起来,认为只有反抗国家和官员,才能维护市民的利益;“避风港说”则主张对国家不予理睬而在已经形成的市民社会领域进行活动。^①显然,这两种学说都不符合中国的实际,因为在我国,国家政权是人民的,尽管实践中存在这样那样的问题,但中国的市民社会不依靠国家的扶持是发展不起来的,中国改革的实践说明了这一点。以多年进行的“质量万里行活动”带动起来的中国消费者运动,以国家扶持的各种学术团体,以国家支持的各种环境保护活动,均说明中国的市民社会的成长需要国家的扶持,而国家也正逐步退出许多领域,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。因此,造反和避风都不符合中国的实际。中国学者曾提出“良性互动说”,主张国家承认市民社会的独立性并提供制度性的法律保障,市民通过各种渠道影响国家的决策,制衡国家的力量。这一主张是正确的,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。

制定中的中国民法典的任务,取决于形成中的中国社会主义

^① 邓小平:《国家与社会——中国市民社会研究》,四川人民出版社1998年版。