

■ 中国当代法学文库-研究生教学参考书

民法概要

An introduction of civil law

赵万一 著

赵万一认为：

民法文化作为法律文化的一种，与其他类型的法律文化的最大区别在于，
民法文化主要表现为一种伦理文化，其所体现的价值导引，以对人本身的关怀和尊重作为基本的选择尺度。

正如孟德斯鸠所言：“在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个的国家。”

正是民法的这种正义性品格和对公平的孜孜追求，才赋予了市民社会不可或缺的自我支持力量。

民法是整个社会制度的基石，特别是对调整私人生活具有十分重要的意义。

同时民事法律制度在其发展过程中，也不断吸收市民社会思想中的先进理念。



中国政法大学出版社

<http://www.hustp.com>

■ 中国当代法学文库—研究生教学参考书

民法概要

An introduction of civil law

赵万一 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

民法概要/赵万一著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2014. 9

(中国当代法学文库-研究生教学参考书)

ISBN 978-7-5680-0382-7

I. ①民… II. ①赵… III. ①民法-法的理论-中国-研究生-教材 IV. ①D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 200652 号

民法概要

赵万一 著

策划编辑: 王 梓

责任编辑: 孙晓君

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 九万里文字工作室

责任监印: 朱 霞

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉)

武汉喻家山 邮编: 430074 电话: (027) 81321915

录 排: 北京楠竹文化发展有限公司

印 刷: 湖北新华印务有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 17.5 插页: 2

字 数: 363 千字

版 次: 2014 年 11 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 42.00 元



华中出版

本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换

全国免费服务热线: 400-6679-118, 竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

民法与现代文明（代序言）

一百多年前，英国著名法学家亨利·梅因曾提出了一个著名的论断：判断一个国家文明程度的高低，只要观察一下民法和刑法在该国法律文化中的地位即可获知答案。大凡文明程度比较高的国家，其民法就相应地比较发达，并且会在整个国家的法律文化中居于核心和灵魂地位。我们经常说中国法律文化不发达，其中主要指的是民法文化不发达，而民法文化的不发达又直接源于中国长期遵行的“重刑轻民”传统。

从一般意义上说，法律实质上是文化的表现形式之一，与传统、习惯等文化因素密切相关的法律文化依赖于一种久远的历史习惯和传统，是一个民族长期的生活方式、宗教伦理、思维方式等沉淀和凝结的结果，具有极强的地域性、民族性和稳定性，并深深地融会于人们的观念和意识中。而民法文化作为法律文化的一种，与其他类型的法律文化的最大区别在于，民法文化主要表现为一种伦理文化，其所体现的价值导引以对人本身的关怀和尊重作为基本的选择尺度。

不同的法律文化在法律制度上表现出巨大的差异性。在一些国家中由某种法律制度所调整和控制的社会关系，在另一些国家中却由非法律的其他社会规范调整和控制。譬如，古代罗马的私法所调整的很多民事关系，在中国古代则由民间的礼俗和习惯来调整。从形式上看，近代欧洲市民社会运动不但形成了一个完整的市民法律体系，而且实质上孕育了一种蕴含于市民法之中的伟大的私法精神。不仅如此，就其本质而言，无论是古代民法还是现代民法，都具有非常强的正义性品质。它把维护人的尊严、自由和人格独立作为整个民法制度赖以建立的基础，把个人视为法律关注的焦点，正如孟德斯鸠所言：“在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个的国家。”正是民法的这种正义性品格和对公平的孜孜追求才赋予了市民社会不可或缺的自我支持力量。

市民社会首先是作为一种文化形态和思想观念而存在的，其次它又表现为一种社会制度结构。一定社会的市民社会观念是特定历史条件下的产物，其形成除了受生产力的发展水平和生产关系的社会性质所决定外，还要受社会习惯、民族心理、文化传统及地理环境的综合作用。就其产生和嬗变历史来看，市民社会与民法制度、私法理念和权利观念有着极其深厚的理论渊源。民法观念和民法制度首先根植于市民社会观念和市民社会制度结构，早期的罗马法曾被称为“市民法”或“万民法”就是最好的明证。作为道德化的法律就是自然法，而作为市民社会主要法律表现形式的自然法就是理性法。而这种理性法又与伦理习惯密不可

分,从某种意义上讲,市民社会的私法乃是市民社会自身积淀的习惯、风俗、惯例等抽象规则长期进化的结晶。

市民社会观念从其产生的那一刻起就与民事立法和民法文化发生了极其密切的联系,民法本身就是市民社会的有机组成部分。民法是整个社会制度的基石,特别是对调整私人生活具有十分重要的意义。同时民事法律制度在其发展过程中也不断吸收市民社会思想中的先进理念。

同时民法观念的发达和民法制度的完善又对市民社会的发展和定型化发挥了重大作用,作为私法重要内容的民法制度已成为现代市民社会赖以正常运转的一个非常重要的组成部分。市民社会中的最主要法律观念是权利优先,公民的权利是国家权力的源泉,也是国家权力配置和运作的目的和界限。国家权力的配置和运作,只有为了保障主体权利的实现,协调权利之间的冲突,制止权利之间的相互侵犯,维护和促进权利平衡,才是合法的和正当的。对权利的渴望和对权利保护的渴求,是人的最基本的伦理要求,因此从某种意义上说,尊重人的权利就是尊重人的伦理选择,就是尊重人本身。真正的私法只能从市民社会内部生发和成长,且主要由形形色色的习惯法演变而成。因而,任何无视本土的习惯法资源而由理性凭空臆造的所谓“私法”,都很难真正与市民社会融为一体而注定缺乏生命力。

一个成功的现代化包括法制的现代化特别是民事立法的现代化都应当是有选择性的。这种选择性体现为一个双向的互动过程,即现代与传统的相互挑战和相互适应。任何社会中文明的进化包括法制文明的进化都不可能没有积累和继承。在对先进文化包括法制文化的吸收和引进过程中,我们不能一味地全盘否定传统法制的存在价值。一种法律传统特别是与公民基本生活攸关的民法文化传统和民事习惯之所以能够长期存在而经久不衰,必然有其历史合理性。至少,它为我们的立法模式和制度设计提供了更多选择的可能性。

目 录

第一章 民法的性质	1
一、我们应当怎样看待民法	1
二、民法是什么	4
三、民法的私法性质	9
四、民法的权利法性质	12
五、民法的伦理性性质	19
第二章 民法的精神、理念与价值	27
一、民法的精神	27
二、民法的理念	36
三、民法的价值	37
第三章 民法的地位与功能	49
一、民法的地位	49
二、民法的功能	56
第四章 民法的渊源	58
一、民事法律	58
二、民事习惯与习惯法	60
三、民事判例与判例法	68
四、民事司法解释	69
五、法理	70
六、乡规民约	71
第五章 民法的演进与进化	73
一、民法发展概述	73
二、民法的制度演进与制度变迁	77
三、中国民法典及其制定——中国民法典的价值追求	81
四、中国民法典的实然状态——中国民法典应该怎样制定	83
第六章 民法与其他法律部门的关系	96
一、民法与宪法	96
二、民法与经济法	98
三、民法与商法	105

第七章	民法的基本原则	117
一、	资本主义国家民法的基本原则	117
二、	我国民法的基本原则	122
第八章	民事主体制度	140
一、	对二元主体结构的反思——抽象人格理论及传统的团体人格观 ...	141
二、	团体人格理论的重塑	143
三、	民事主体的界分与构建	146
四、	特殊民事主体资格问题之一——农村集体组织	152
五、	特殊民事主体资格问题之二——国家的民事主体地位	162
六、	特殊民事主体之三——关于家庭与户的法律地位	172
第九章	民事法律行为	175
一、	民事法律行为的构成要件	175
二、	关于无效的和可撤销的民事行为	178
第十章	财产权法与物权法	184
一、	对财产和财产权一般概念的考察	185
二、	财产权制度存在的基础	186
三、	财产权制度在民法中的地位	192
四、	物权制度在财产法中的地位	195
第十一章	债权制度	201
一、	债的本质	201
二、	侵权行为法	202
三、	关于无因管理与不当得利	210
四、	关于债的转让	215
第十二章	契约法	219
一、	契约法基础理论	219
二、	契约自由及其限制	226
第十三章	人格权法	233
一、	人格与人格权	233
二、	一般人格权	235
三、	具体人格权	242
第十四章	民事救济制度	253
一、	民事救济制度的本质和作用	253
二、	私力救济	256
三、	公力救济	258
结语：	民法的哲学思维	264
参考文献		266
后 记		271

第一章 民法的性质

一、我们应当怎样看待民法

在现有的法律体系中，民法无疑是文化积淀最为深厚，社会影响力最为深广的一个法律部门。相对于其他一些法律部门，如商法、诉讼法、国际法等主要体现为制度和规则的集合体不同，民法蕴涵更多的是一种法律意识，体现的是以公平、自治、诚信为核心的法治精神和法律文化。民法的发展不仅表现为单纯的制度进化和规则演变，更多反映了社会经济政治制度环境的优化和社会观念的嬗变。因此民法文明既是现代文明的起点和发动者，同时也是现代文明中不可或缺的一个重要内容。

民法在法律体系中的地位之所以重要，首要的原因是民法调整的是以公民形态存在的人与人之间的关系，并且主要是通过对公民赋权的方式实现社会关系的调整。而作为民法规制对象的公民个人是现代社会存在和发展的基础。那么构成社会的基础为什么是个人而不是国家呢？根本原因在于个人（自然人）之外的所有社会主体都不具有最终的目的性。如同所有的团体人格一样，国家作为一个主体，它的“人格”具有非自然性，它的“利益”具有非终极性，也就是说，国家本身并不具有自己独立的目的是和价值。国家的利益存在于其全体成员的利益之中，国家存在的正当性基础在于得到了其成员的认可，还在于其功能的发挥能够为它的成员带来福祉。当然，国家要实现它所负载的增进其成员利益的使命，就需要借助于具有强制力的公权力。赋予国家享有这样的公权力的理由在于成员对秩序的需求，其正当性基础在于成员的认可。政府对社会的干涉主要包括两个方面：“既包括执行由一切社会的性质产生的各种公共事务，又包括由政府同人民大众相对立而产生的各种特殊职能。”^① 恩格斯指出：“政治统治到处都是以执行某种社会职能为基础，而且政治统治只有在它执行了它的这种社会职能时才能持续下去。”^② 国家立法的目的主要不是将国家的行政权力和行政行为法律化，而是使国家机关的行政行为界域明确，且行为规范化。因为“在私法范围内，政府的唯一作用就是承认私权并保障私权之实现，所以应在国家的社会生活和经济生活中竭力排除政府参与。”^③

① 《马克思恩格斯全集》第25卷，人民出版社1972年版，第432页。

② 《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1972年版，第219页。

③ [美] 约翰·亨利·梅里曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第106页。

就民法而言,因为民法调整的不是政治生活领域的事,而是私人在市民社会中的一些日常关系,所以民法既不是宪法设置的立法机构创造出来的,更不是统治阶级意志的体现,而是每一个自由人在权力之外自主决定自己的社会关系的总和。近代西方宪政理论都预设了自然状态和社会状态的分离。在为英美宪政制度奠定理论基础的洛克的著作里,政治生活并不是以自己为目的,而是指向自然状态下每个自由人的有尊严的生存。所以,政治生活不是要去取代自然生活,而是要更好地维护这种自由而美好的自然生活。由此我们可以得出的结论是,民法由于其调整对象的基本性,构成政治生活的基础,也成为宪法赖以发挥作用的根本之所在。^①

三十多年前在中国发起的经济体制改革,不但给现代中国社会深深地打上了法治的烙印,而且从根本上扭转了影响中国几千年的重刑轻民思想。时至今日,民法对中国国民性的塑造以及对国民行为选择都产生了深刻的影响。历经三十多年的艰苦努力和不断求索,对于民法所具有的私法性质以及其所体现的人本理念和平等思想,目前至少在理论界得到了一致认同。然而对于民法所体现的人文价值却并没有得到社会的普遍承认,相应地民法对社会道德的引领功能也没有得到有效发挥。其显著的表现是在中国社会主义法律体系已基本建成的背景下,以民法为代表的法律权威并没有得到真正确立。社会舆论对法院判决的一次次非议,法院基于舆论压力所进行的一次次改判,是对法律尊严的漠视,这不但影响到法律在社会民众中的地位,而且动摇了现代中国法治的根基。所以就目前来看,造成社会对法律误解甚至不信任的原因是多方面的,既有众多基本法律在立法价值上的普遍迷失,更有社会公众对法律功能理解上的迷茫和法学理论工作者对法律本质的误读。由此导致的结果是:社会公众在情感上对法律权威的普遍淡漠,这与法学理论及法律实务部门所崇尚的法律万能主义思想之间存在明显的脱节和不一致。具体来说,法学理论工作者及受其影响的立法机关的立法活动考虑的更多的是法律体系的完整性,形式的优美性,逻辑的严谨性,内容的科学性,并一再强调应重视法律的普世价值以实现与国际的接轨。而社会公众更多关心的则是法律对自己生活的影响,重视的是对自己行为预期是否与法律规定的结果相一致。而无论从理论上说,还是从现实需要来看,都要求法律必须具有可预测性,否则我们的任何行为都可能处于不确定状态,我们的任何行为结果都将面临被法律重新评判和变更的可能。这种行为预期的落空,不仅会影响到社会公众对法律的评价和遵守,而且会影响到法律的实施效果。因为法律归根结底需要靠人来遵守和实施,如果法律规定的內容超出社会公众的预期,或是从根本上违背人的本性,其结果必然会遭到社会公众的普遍抵制。

20世纪80年代以后,中国进入了艰难而漫长的社会转型期。这次转型为中国社会带来了两个重大转变,一是从普遍的羞于言利转变成了一切向钱看(效益优先);另一个是从法律虚无主义转变成法律万能主义。就前者来说,其最大作用是促进了

^① 参见赵万一:《中国民法典制定的应然与实然》,载《中国政法大学学报》2013年第1期,第49~60页。

中国社会财富的增加,使中国在短时间内即从一个贫穷落后的国家跃居为世界第二大经济体。其所带来的负面效应是在发展经济的同时,牺牲了太多的传统美德、颠覆了太多的价值观念、废弃了太多的公序良俗、湮灭了太多的禁忌和习惯,而这些负面效应导致的恶果是社会诚信体系普遍匮乏,道德观念大踏步后退。就后者来说,对法律的重视使我们在短短的三十年时间内建立起了比较完备的社会主义市场经济法律体系,从而具备了实现全面法治的硬件基础。其不足是,我们虽然实现了在制度层面上和发达国家的接轨,但却没有建立起真正符合中国需要的法治理念和法律精神。例如在西方社会中作为民法存在基础的市民社会观念,强调自由、自治、自主和自律,不允许国家公权力随意进入私人生活领域,要求包括民法在内的所有法律都必须与公民生活保持一定的距离,这也就是西方谚语中所说的“上帝的归上帝,恺撒的归恺撒,个人的归个人”。从历史上看,近代欧洲市民社会不但在形式上形成了一个完整的市民法律体系,在实质上更是孕育出了一种蕴含于市民法之中的伟大的私法精神,培养出了对私人权利尊重的法律意识,并由此滋养了源远流长的近现代西方法律传统。而我们的法律文化传统则是私人利益必须服从于国家和集体利益,国家和社会的需要可以践踏私人的尊严,吞噬私人的权利。正是在这种观念的指导下,我们的法律和司法活动才不断地以社会公共利益需要的名义通过各种方式进入私人的生活领域。

法律万能主义带来的另一个负面效应是过分夸大了法律的作用,试图将法律的触角延伸到社会生活的每一个领域。实际上法律作为社会规范中的一个类型,只是处理各种社会问题众多方法中的一种,法治只是社会治理模式中的一种模式,除法律方法之外,还有行政、思想、宗教、舆论等多种方法可供选择和利用。就某些特定的社会关系和生活领域而言,法律并不是最主要的方法,也不是最佳的方法。同理,法律也不是越多越好,社会的发展水平并不与法律的多寡成正比。如秦朝的法律制度就非常健全,严刑苛法“繁于秋荼,密于凝脂”,但秦朝仅存二世而亡。汉高祖刘邦初入关中即吸取秦朝苛法致亡的教训,通过“与父老约,法三章耳;杀人者死,伤人及盗抵罪”的简单约法,即受到了社会公众的普遍拥戴。其后的文帝和景帝,均崇尚黄老之学的无为而治,实行宽法省禁,休养生息的政策,结果出现了中国历史上空前繁荣的“文景之治”。究其原因在于:法律更多的是作为约束人感性的理性形式而存在,其作用的结果不可避免地会对人的行为及与此相连接的社会生活起到一定的限制作用。特别是当我们对法律的作用做褊狭理解的时候,法律的这种限制作用往往成为政府干预私人生活的重要工具。因此很多立法,包括直接调整市场经济关系和涉及公民基本权利的法律,其立法的动机通常并不是为了满足社会主体的排他性自治要求和保护其合法权利免遭他人的不法侵害,而是为了弥补行政管理上的漏洞,或者说是为了方便行政管理的需要,其结果往往是使饱受非议的违法行政行为披上了合法的外衣。繁法并不一定能够促进经济发展的另一个原因在于:法律本身就是并且也仅仅是人的理性的反映,体现的是特定条件下人类认识社会和把握事物本质的经验和能力。理性主义者主观地认为借助于人的理性并通过科学的

试验,人们能够发现世界上普适的规律。但实际上,任何人的认识都要受到时间、空间、物质载体、自身条件、所在职业等方面的限制,因此,人的理性必然是不周延的、非至上的。所以基于人的理性所制定出的任何法律都有可能存在规则的真空和制度设计的错误,由此我们可以认识到任何法律都有演化成恶法的可能。另一方面,法律比较强调形式上的正义,而民众要求的则是实质上的正义。这两种正义既可能重合,也可能存在冲突或不一致。当程序正义与实质正义发生矛盾时,现代法治的基本要求是舍弃实质正义而保护形式正义,西方谚语有“法律女神的眼睛是蒙着的”。所以我们不应崇尚法律万能主义,法律并不是万能的,只有当法律在适合自己的土壤和环境才能发挥其应有的作用。

回顾三十多年来的中国法治发展史,我们可以发现的另一个社会现象是:在中国的法治发展进程中,民法学和民事立法无疑是改革开放后发展最为迅捷的法律部门,作为朝阳学科的民法学的社会影响力被不断放大,以至于影响到其他学科的发展,甚至挤占了其他学科的生存空间,民法也由此一度被人冠之于“民法帝国主义”。但在民法学研究繁荣的背后,相关的民事立法却有脱离社会实践需要甚至走向歧途的倾向。其主要表现是:在研究领域方面,民法学者野心勃勃,提出要制定一部划时代的,并能代表21世纪民法发展方向的民法典,并宣称要将市场经济发展的一些最新要求最大限度地在中国民法典中体现出来。与此形成巨大反差的是,社会公众对民法的认同感并没有得到相应加强,致使民法所体现的一些法律价值和法律精神也没有获得广泛的尊重和弘扬。在国家立法活动中,民事立法中的“泛政治化”倾向明显,公法权力肆意侵袭私法领域的现象严重;在立法中过分强调不同社会主体的差异性,对不同主体采取不同的立法要求和不同的法律保护,将政治上的先进性外化为经济上的先进性,并进而在立法上实行差别性待遇等现象普遍存在。造成这种状况的原因是多方面的,但其中关键一点无疑是因为我们以自由、平等为核心的民法文化匮乏。没有先进的民法文化作指导,没有深厚的市民社会思想观念做支撑,要想制定出一部能够体现民法本质的民法典是根本不可能的。^①

二、民法是什么

民法之所以能在浩如烟海的制度规范中扮演重要角色,在现代法治中占有重要地位,其最重要的原因就是作为民法制度集大成的民法典体现了独特的价值追求,承载了延续人类文明的历史重任。但对于何为民法,在外国的法典中鲜有给予明确定义者,亦或是在相关的著作中,也很少有直接给出定义的。这主要有两方面原因:一是由于民法调整的内容过分庞杂,不容易对其界定;二是西方学者之于民法的实质来说,更加重视民法的形式,即民法调整的财产关系和人身关系一般都发生在私人之间,民法的作用在于保护私人利益,所以民法又被称为“私法”“西方传统理解

^① 参见赵万一:《中国民法典制定的应然与实然》,载《中国政法大学学报》2013年第1期,第49~60页。

民法或私法的实质含义,是在个人与国家对立的基础上进行的。”^① 中国大陆学者一般按照《民法通则》第2条的规定,将民法定义为调整“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”的法律规范的总和。严格说来这并不是规范意义上的民法概念,应该通过对民法性质和地位的阐释来理解民法制度,因为“民法准则只是以法律的形式表现了社会的经济生活条件”。^②

“民法”一词最早来源于古罗马的“市民法”(jus civile),其内容则来源于罗马法的“万民法”(jus gentium)。在古罗马早期,把调整本国公民相互之间关系的法律叫做“市民法”,而称调整本国公民与外国人、外国人与外国人之间关系的法律为“万民法”。后世法律学者一般认为,市民法是民法的语源,万民法则是民法的内容来源。后来非罗马市民逐渐获得罗马公民权,两法的区别逐渐消失。各国在转译“市民法”一词时,采用了与本国语言相应的词汇。根据拉丁语(jus civile)分别将民法定名为droit civil(法)、civil law(英)、Zivilrecht(德)、гражданское право(俄),都有市民法律和公民法律的含义。日本明治维新时代修订法律从法语把西方国家使用的“市民法”一词,用汉字表达为“民法”。

(一) 民法应是一国民族精神和民族文化的体现和升华

民法典必须体现民族精神和民族文化,也即萨维尼所说的法律如同民族的语言,应该是而且也只能是民族精神的体现,因为只有最民族化的民法典才是最有生命力的民法典。民族是“在历史上形成的一个有共同语言、共同地域、共同经济生活以及表现于共同文化上的共同心理素质的稳定的共同体”。^③ 而民族精神则是一个民族在长期历史发展中形成的在心理、观念、习俗、信仰、规范等方面的群体意识、风貌和特征。不但为民族成员广泛认同和接受,而且维系和推动着民族的生存与发展。相对于其他国家和其他民族来说,民族精神又是一个民族的自我意识与自我认同,是一个民族的集体人格的体现和一个民族区别于其他民族的精神特质的总和。

最早论述民族精神的学者是18世纪法国启蒙思想家孟德斯鸠,他在《论法的精神》一书中说:“在不违反政体的原则的限度内,遵从民族的精神是立法者的职责。因为当我们能够自由地顺从天然秉性之所好处理事务的时候,就是我们把事务处理得最好的时候。”而这里的“民族的精神”是指“人类受多种事物的支配,就是:气候、宗教、法律、施政的准则、先例、风俗、习惯。结果就在这里形成了一种一般的精神。”^④ 按照孟氏的理解,“法”是世界上存在着的“根本理性”同各种存在物的关系,而民族精神正是一种“法的精神”的体现。^⑤ 黑格尔则从其理性统治世界及世界历史的基本理念出发,阐发了“民族精神”概念并将其归入到他所强调的“绝对

① 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第17页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第248~249页。

③ 《斯大林全集》第2卷,人民出版社1953年版,第294页。

④ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第305页。

⑤ 参见王希恩:《关于民族精神的几点分析》,载《民族研究》2003年第4期。

精神”体系之中,他认为:“(世界精神发展的)每一个阶段都和任何其他阶段不同,所以都有它的一定的特殊的原则。在历史当中,这种原则便是‘精神’的特性——一种特别的‘民族精神’。民族精神便是在这种特性的限度内,具体地表现出来,表示它的意识和意志的每一方面——它整个的现实。民族的宗教、民族的政体、民族的伦理、民族的立法、民族的风俗、甚至民族的科学、艺术和机械的技术,都具有民族精神的标记。”^① 恩格斯对黑格尔的民族精神理论给予了高度评价,指出:“像对民族的精神发展有过如此巨大影响的黑格尔哲学这样的伟大创作,是不能用于干脆置之不理的办法来消除的。必须从它的本来意义上‘扬弃’它,就是说,要批判地消灭它的形式,但是要救出通过这个形式获得的新内容。”^② 但真正系统论述民族精神的是德国学者赫尔德,其最大贡献是从一般的人类精神引申到了“时代精神”和“民族精神”,所以英国思想史学家以赛亚·伯林认为民族精神这个词是赫尔德发明的。^③ 当代德国政治哲学家哈贝马斯(J. Habermas)评价19世纪中叶的德国民族主义思潮时说:“精神科学的世界观给出了一个视角,由此出发,我们可以把德国的政治统一看成是长期以来形成的民族文化同一性的进一步补充。文化和语言所确立起来的文化躯体,还需要一件合适的政治外衣。”而以赫尔德为代表的日耳曼的学者们“用民族精神解释上述原则”。赫尔德主张每一个民族都有各自发展的权利,同时宣称“每一种文明都有自己独特的精神——它的民族精神。这种精神创造一切,理解一切”。^④ 认为一个真正完整、持久的国家必须建立在民族的基础之上。要实现德国民族自救,就要回溯历史,回到民族传统文化的最初,回到民族情感的源头。他的这些论点成为当时和之后德意志民族主义者通过提倡民族文化和民族精神推动政治统一运动的先导,并为以《德国民法典》为代表的德国民族主义立法提供了深厚的理论支撑。这方面最具代表性的是20世纪初的德国法学家萨维尼(F. K. v. Savigny),他把民族精神和民事立法结合起来,认为民族精神是“一个独特的民族所特有的、根本的、不可分割的禀性和取向”,是“这个民族的共同信念,对其内在必然性的共同认识”^⑤,因此《德国民法典》的制定无处不体现着德国的民族精神。从各国民法典制定的实践来看,各国民法典之所以在编纂体例和编纂内容上表现出巨大的差异性,很大程度上是因为作为民法制定基础的民族精神存在重大差异性。因为一个国家的民族精神与其他民族精神相比不但显示出不可替代的独特发展轨迹,而且体现出精神特征的不可通约性,也就是斯大林所说的“各个民族之所以不同,不仅在于他们的生活条件不同,而且在于表现在民族文化特点上的精神形态不同。”^⑥ 因此,《法国民法典》只有在充斥浪漫精神的法国才能产生,而逻辑严

① [德] 黑格尔:《历史哲学》,王造时等译,三联书店1956年版,第67页。

② 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1960年版,第213页。

③ 参见[伊] 拉明·贾汗贝格鲁:《柏林谈话录》,杨桢钦译,译林出版社2002年版,第95页。

④ [德] 黑格尔:《历史哲学》,王造时译,三联书店1956年版,第79页。

⑤ [德] 萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第7页。

⑥ 《斯大林全集》第2卷,人民出版社1953年版,第294页。

密、结构谨严、概念繁琐的《德国民法典》也只有在以抽象思维见长的德国才能出现。从某种意义上说,《德国民法典》之所以具有里程碑意义,其缜密的思维和准确的概念无疑是一个重要因素,但其最根本的原因恐怕还在于《德国民法典》体现了德意志的民族精神,是一部“以德意志人的能力融会德意志的精神所制定的简单明了的国族法典”。^①当然,民族精神中也具有一定的普世性内容,由此决定了世界各国民法典内容的可借鉴性和可继承性。^②

(二) 民法应是人类文明的结晶和人类文化传承的主要载体

作为民法制度和理念集大成的民法典既是人类文化的重要组成部分,同时也是人类文明(特别是制度文明)的主要记载者。“民法的法典化,从罗马帝国的国法大全开始,就显示了惊人的超越体制特质,事实上罗马法所发展出来的人法、物法和债法,从概念类型到基本规范,历经拜占庭式的统制经济、中古行会组织的手工业、乃至近代的国际贸易,重商主义和自由主义,在适用性上并无太大改变。继受罗马法而孕育于19世纪的法国、德国和瑞士民法典,同样也在20世纪出现的各种极端对立的社会体制下,成为民事立法的主要参考架构。”^③不仅如此,民法典还是人类文明的倡导者,是社会传统的承继者。即使是以概念法学名世的《德国民法典》,虽然注重制度本身的精巧设计,但其整个概念的运用和制度设计仍弥漫着深厚的人文主义色彩。究其原因在于作为《德国民法典》制定基础的德国古典哲学不但传承了德国本土的哲学思想,而且融汇了古希腊哲学和基督教哲学传统,并开启了“理性为自然立法”的历史性革命,其主要表现首先是以体系化的理性建构来探讨认识问题、自由问题以及历史规律问题,把对知识可靠性问题、道德的基础问题、人的自由问题、历史发展问题以及人的未来问题变成理性本身的反思活动。而法律程序和法律规范,只不过是社会的工具,它们与法律内在的目的有着紧密联系。^④再者,民法的发展不仅表现为单纯的制度进化和规则演变,更多反映了社会经济政治制度环境的优化和社会传统的继承和发展。按照黑格尔的观点,传统在历史的演进过程中具有重大作用,它不像管家婆只保管交给她的财产一样是静态的,它是一个生动的过程,虽然它有时像小溪似的没有力量,但小溪也能汇成巨流。由于传统开辟了继承性和联系历史过程的道路,所以历史的发展具有继承性。但另一方面,历史的“每一阶段都和其他阶段不同,所以都有它的一定的特殊原则。”历史阶段特殊性的原因在于“每个时代都具有如此独特的环境”和“特殊的状态”,以致必须而且也只有从那种

① [德] 蒂堡·萨维尼:《论统一民法对德意志的必要性》,朱虎译,中国法制出版社2009年版,第26页。

② 参见赵万一:《中国民法典制定的应然与实然》,载《中国政法大学学报》2013年第1期,第49~60页。

③ 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年8月版,第4页。

④ [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变与形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年6月版,第32页。

状态出发,以它为根据,才能判断那个时代。^①因此民法文明不仅是现代文明的起点,同时社会文明的发展变化应该也必须民法典中有所体现。具体到我国的民法典制定来说,为了加快民法典的立法进程,适当借鉴发达国家的法律规定,并最大限度地实现中国法律与国际条约、惯例和发达国家的法律规定保持适度的一致性无疑是非常必要的,但这种一致性并非是以否认不同国家的经济发展水平、社会习惯、社会传统等方面存在差异性为代价,而是要求必须以充分尊重本国的民族精神、风俗习惯和道德传统为基础地保持一致性。囫圇吞枣式的大规模法律引进,只能引进外国的法律制度,却不能引进外国的法治精神,更不能引进外国的法治环境。^②

(三) 民法应是人类社会生活的基本准绳

民法是市民社会的基本法,按照马克思的观点,“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正发源地和舞台”。^③马克思主义唯物史观区别于以前时代唯心史观的重要标志就在于“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,而且追溯它们产生的过程”^④。具体到市民社会的表现形式及其主要内容来看,按照马克思的观点:“市民社会包括各个人在生产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。”“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。”^⑤市民社会观念不但直接诱发了资本主义制度的产生,而且对社会的生活方式和各国政治、法律制度的设计产生了深远影响。“资产阶级在它已经取得了统治的地方把一切封建的、宗法的和田园诗般的关系都破坏了。”“由于开拓了世界市场,使一切国家的生产和消费都成为世界性的了……过去那种地方的和民族的自给自足和闭关自守的状态,被各民族的各方面的互相往来和各方面的互相依赖所代替了。物质生产是如此,精神生产也是如此。”^⑥市民社会既是一种思想观念,更是一种行为方式。市民社会的核心内容一方面在于最大限度地排除国家强权对私人权利和私人生活的干预,另一方面则在于培植和培育公民的自我行为选择和行为约束的规则意

① 参见[德]黑格尔:《历史哲学》,王造时等译,三联书店1956年版,第104页。

② 参见赵万一:《中国民法典制定的应然与实然》,载《中国政法大学学报》2013年第1期,第49~60页。

③ 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第87~88页。

④ 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第92页。

⑤ 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第130~131页。

⑥ 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第274~276页。

识。从历史发展来看,近代欧洲的市民社会理念和市民社会制度不但在形式上推动了完整市民法律体系的形成,而且直接影响了公民完整人格的塑造和行为模式的选择。更重要的是孕育出了一种崇尚自由、平等的私法精神,培养出了对私人权利尊重的良好法律意识。^①

三、民法的私法性质

民法是私法,并且是私法中的核心部分。公私法的划分虽然肇端于古罗马,但现代公私法的观念却与市民社会观念密不可分。市民社会首先是作为一种思想观念而存在的,其次它又表现为一种社会制度结构。一定社会的市民社会观念是特定历史条件下的产物,其形成除了受生产力的发展水平和生产关系的社会性质所决定外,还要受社会习惯、民族心理、文化传统及地理环境的综合作用。就其产生和嬗变历史来看,市民社会与民事法律制度、私法理念和权利观念有着极其深厚的理论渊源。民法观念的发达和民法制度的完善对市民社会的发展和定型化发挥了重大作用,作为私法重要内容的民事法律制度已成为现代市民社会赖以正常运转的重要组成部分。大陆法系国家关于公法与私法的划分最早是由古罗马法学家乌尔比安提出来的,其依据是查士丁尼《学说汇纂》的前言中的一句话:“有关罗马国家的法为公法,有关私人的法为私法。”^② 不过,罗马法虽然对公法、私法作出了划分,但其发展集中在私法,“几乎所有有关罗马法的文件都只涉及私法”。^③ 在法学研究中,罗马法学家们把全部精力都集中在私法学上,罗马留给后世的遗产主要是罗马私法,以致有人认为,“罗马法学实质上就是罗马私法学”^④,它的生命力在于它的大多数法权关系适应了现代的经济条件,“以至一切后来的法律都不能对它做任何实质性的修改”。而公法在罗马法中并没有实在意义,有学者指出,“公法只是在罗马法分为公法与私法的范围内才有意义,其自身无实体价值”。^⑤ 公私法的划分在中世纪通过一些法学家的著述得以承传,而当时著名的法典和法律汇编如《加罗林纳法典》《萨克森明镜》《波西瓦·克莱蒙特习惯法》等都没有对公法、私法作出划分。17、18世纪,随着资本主义的兴起和中央集权统一国家的形成,市民社会(或私人领域)与政治国家(或公共领域)的分离,导致了两种不同的权利形态,一是私权,一是公权;并以此为调整对象分别形成了大陆法系国家法律制度特有的基本结构和相对独立的两大法律部门,即公法和私法。公私法划分建立于社会分裂为相互对峙的公私两域的基础

① 参见赵万一:《中国民法典制定的应然与实然》,载《中国政法大学学报》2013年第1期,第49~60页。

② 朱景文:《比较法社会学的框架和方法:法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社2001年版,第91页。

③ 朱景文:《比较法社会学的框架和方法:法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社2001年版,第91页。

④ 何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第53页。

⑤ 朱景文:《比较法社会学的框架和方法:法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社2001年版,第91页。

之上，其要害在于为公私两域确定不同的法律原则，以使两域既各自有序又趋于平衡。一般认为，公法是指宪法、行政法及刑法等。就私法而言，目前较为权威的解释，是《布莱克法律辞典》对 Private Law（私法）的表述：“私法是公法的对立面，它是指调整市民与市民之间关系的法律，或者是在权利附着的主体与义务联系的主体均为私的个人的情况下，有关定义、立法及权利实现的法律。”^①

对公法和私法的划分，并非是单纯的理论推演，更重要的原因在于二者的法律要求和法律后果具有明显的区别。换言之，在私法中，占据主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定；而在公法中，占据主导地位的则是那些受约束的决定。^② 按照肯德根的说法，“私法主体的动机是一种禁忌。对于其行为的后果，主体充其量是對自己承担责任”。^③ 与此相反，公法在此方面的规定则完全不同。在公法中，对决策自由要进行严格限制。之所以要防范行政机关的决策自由，主要是基于以下两方面理由：第一，国家拥有权力工具，因此其实力远在单个人之上。如果法律制度不对国家这种超强实力进行限制，那么这种权力就会变得无法忍受；第二，公法不同于私法，公法中一般不存在将法律后果归属于决策者的现象。^④ 概言之，就公法和私法的关系而言，私法领域主要体现为对公民权利的保障，而在公法领域则主要体现对政府权力的制约。之所以要对政府的决策自由进行制约，主要在于政府本身不是政治构架的目的，政治架构的目的只能在于单个人的有尊严的生存。公法和私法划分的实益在于，确定私人生活领域在逻辑上的优位性，从而为政治设定一个目标，同时也为权力侵犯私人空间设定一个坚固的屏障。若不对公法和私法进行区分，我们对法律的理解又将回到是统治阶级的意志表现这一曾经经典但现已不流行的提法当中去。这仅仅是柏拉图《国家篇》中塞拉西马柯“正义无非就是强者的利益”的翻版。^⑤ 从历史上看，公私法划分的实质功能在罗马法时代已充分显示：它划定了一个政治国家不能插手的市民社会领域，罗马法学家们构筑起完备的私法体系，树立起了自然权利的权威。

历史已反复证明，公私法的划分具有普适性。普适性意味着公、私法的划分存在某种共通的、中立的价值内涵，正如梅里曼所说的，公私法的划分以及公法、私法概念已经“成为基本的、必要的和明确的概念了”。^⑥ 美浓部达吉甚至认为，“公法和私法的区别，实可称为现代国法的基本原则”。^⑦ 因此，公法与私法的划分及在此基础上形成的二元法律结构，“以其在实现法治秩序方面的种种功能，理应成为我国

① 易继明：《将私法作为一个整体的学问》，载易继明主编：《私法》（第1辑第2卷），北京大学出版社2002年版，第6页。

② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第7页。

③ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第8页。

④ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第9页。

⑤ 参见[古希腊]柏拉图：《柏拉图全集》第2卷，王晓朝译，人民出版社2003年版，第289页。

⑥ 肖金泉：《西方法律思想宝库》，中国政法大学出版社1992年版，第528页。

⑦ 肖金泉：《西方法律思想宝库》，中国政法大学出版社1992年版，第530页。