

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明

Discussion on
Civil Code of China

中国民法典争鸣

尹田卷



尹田
著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

中国民法典争鸣·李永军卷
中国民法典争鸣·柳经纬卷
中国民法典争鸣·王利明卷
中国民法典争鸣·温世扬卷
中国民法典争鸣·徐国栋卷
中国民法典争鸣·尹田卷
中国民法典争鸣·赵万一卷

【出版书目】

中国民法典争鸣系列

策划编辑 施高翔
责任编辑 李 宁
装帧设计 李夏凌



扫码了解更多

D1058-1-1

ISBN 978-7-5615-6702-9



9 787561 567029 >

定价:108.00元

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明
执行主编 柳经纬

中国民法典争鸣

尹田卷

尹田 著



厦门大学出版社 | 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS | 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典争鸣, 尹田卷/尹田著. —厦门: 厦门大学出版社, 2017. 12
(中国民法典争鸣系列)
ISBN 978-7-5615-6702-9

I. ①中… II. ①尹… III. ①民法-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 234320 号

出版人 蒋东明
策划编辑 施高翔
责任编辑 李 宁
装帧设计 李夏凌
技术编辑 许克华

出版发行 **厦门大学出版社**
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门集大印刷厂

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 22
字数 482 千字
版次 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 月第 1 次印刷
定价 108.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

总 序

民法典被誉为“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法，是保护公民权利的宣言书，也是解决民商事纠纷的基本依据。编纂民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题，保障创新、协调、绿色、开放、共享的“五大发展理念”的落实，推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化，为全面深化改革、全面依法治国、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦奠定坚实的制度基础。

我国民法典编纂始于清末民初对大陆法系国家民法典的继受（移植），标志性的成果是1929年至1931年间颁行的“中华民国民法典”。1949年9月，中国人民政治协商会议第一次会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》明确宣布废除国民党的“六法全书”。从20世纪50年代开始，我国历经四次民法典起草，即50年代中期（1956—1958）、60年代前期（1962—1964）、70年代末至80年代初（1979—1982）以及21世纪之初（2002）。然而，由于社会经济条件不成熟以及理论准备不充分等原因，四次起草均半途而废，民法典成为我国法律体系的一大缺失。2014年10月23日，中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出了“编纂民法典”的立法任务，加快了民法典编纂的进程，这是我国民事立法的一个重要里程碑。

步入21世纪的中国正处在一个重要的历史阶段。我们要制定的民法典是21世纪的民法典，必须要回应21世纪的时代需要，彰显21世纪的时代特征。如果说1804年的《法国民法典》是19世纪风车水磨时代民法典的代表，1900年的《德国民法典》是工业化社会民法典的代表，今天我们要制定的民法典应当成为21世纪互联网、高科技时代的民法典的代表，这样我们就必须充分反映时代精神和时代特征，真正体现法典与时俱进的品格。进入21世纪以来，互联网技术、人工智能、生物技术的发展，全球化的生态环境保护，人类社会面临着前所未有的问题。民法作为社会生活的百科全书，无法回避人类社会发展的新问题。

我们要制定的民法典必须立足于中国国情，向世人展示我们依法治国的新形象和我国法制文明的新高度。在全面依法治国的新时期，这部民法典应当吸收我国立法、司法和理论研究的成果，总结法治建设经验，真正成为一部具有中国特色的、屹立于世界民法之林的法典。我们要制定的民法典必须反映改革成

果、推进并引领改革进程。改革开放的伟大实践,创立了一条中国特色社会主义的发展道路,这是一条不同于其他法典化国家或地区的发展道路。民法典作为时代精神和民族精神的立法表达,不能忽视这样一个特殊的社会经济条件。但如何充分反映中国特色社会主义这一社会经济条件,是我们所面临着的前所未有的问题。民法典的编纂,应当凝聚改革的共识,确认改革的成果,为进一步改革提供依据,从而推动改革进程,引领改革发展,实现国家治理体系和治理能力的现代化。

从民法法典化的历史来看,我国民法典编纂所面临的新问题是其他已经法典化的国家或地区所未曾有过的,这也决定了我国民法典编纂问题的复杂性和难度。编纂这样一部民法典,不只是立法机关的任务,也是民法学界的任务。民法典编纂所面临的问题,需要民法学者认真进行深入的研究,积极提供有力的理论支持。成就一部伟大的民法典,是我国民法学界几代人的夙愿。早在20世纪50年代,老一辈民法学者就以极大的热情投入民法典的起草工作。改革开放以来,随着法学教育和学术研究的恢复,民法学者围绕着民商事立法和民法典编纂问题进行了广泛而深入的研究,取得了丰硕的成果,也为民商事立法提供了有力的理论支持。从民法通则到合同法、物权法、继承法、婚姻法(修订)、侵权责任法,从公司法、合伙企业法、个人独资企业法到保险法、证券法、信托法等商事特别法,民法学者都做出了积极的理论贡献。尤其是进入21世纪以来,民法学者围绕着民法典编纂问题,掀起了一波民法典理论研究热潮,民法典研究成为我国民法学乃至新时期法学研究一道亮丽的风景线。

当前,民法典编纂工作正在进行,在许多问题上尚未达成共识,又有许多新的问题尚待研究。民法典编纂仍需全体民法学人持续地努力。值此之际,厦门大学出版社组织出版“中国民法典争鸣系列”丛书,诸位学者将他们多年来民法典研究的心得汇集出版。这对于促进我国民法典的学术研究,无疑具有重要的理论价值。我坚信,无论民法学者的研究成果是否被立法机关所采纳,但其对于推进我国民法典的编纂工作都将起到积极的作用,他们的研究无愧于这个时代。

让我们为编纂一部新时代的民法典而努力奋斗!

中国民法学研究会会长 王利明

2017年5月26日

目录



第一编 民法本质及调整对象	1
论“不公正胜于无秩序”	3
民法调整对象的理论检讨与立法表达	18
民法调整对象之争：从《民法通则》到《物权法》 ——三十年中国民事立法主要障碍之形成、再形成 及其克服	50
民法基本原则与调整对象的立法研究	60
第二编 民法典体系	73
论中国民法的法典化	75
论民法典总则与民法典立法体系模式	83
论中国民法典总则的内容结构	93
评侵权责任的独立成编与侵权行为的类型化	105
中国民法典编纂的障碍及其克服	114
第三编 人格与人格权	121
无财产即无人格 ——法国民法上广义财产理论的现代启示	123
论人格权的本质 ——兼评我国民法草案关于人格权的规定	135
论“法人人格权”	148
再论“无财产即无人格”	158
论人格权概括保护的立法模式 ——“一般人格权”概念的废除	163
论人格权独立成编的理论漏洞	168
论人格权独立成编的技术障碍 ——《人格权法编专家建议稿》之评析	176
第四编 民事主体制度	185
论胎儿利益的民法保护	187
论宣告失踪与宣告死亡	192
论法人的权利能力	211

第五编 法律行为制度	221
法律行为有关分类之理论检讨	223
乘人之危与显失公平的性质及其立法安排	232
论法律行为的无效及其效果	239
论法律行为无效后的财产返还	257
《民法总则(草案)》中法律行为制度的创新点之评价	263
论法律行为效力状态之无对抗力 ——对《民法总则》删除相关规则的评价	274
第六编 代理制度	285
论代理制度的独立性 ——从一种法技术运用的角度	287
民事代理之显名主义及其发展	295
我国新合同法中的表见代理制度评析	303
第七编 时效制度	311
我国诉讼时效之立法模式评价	313
诉讼时效的适用范围研究	324
论时效利益放弃方式中的“债务承认”	332
论物权法规定取得时效的必要性	337

第一编

民法本质及调整对象





论“不公正胜于无秩序”^{*}

如果走进 18 世纪德国的大剧院，舞台上正在表演启蒙主义文学家歌德(J. W. von Goethe)早期的重要剧本《葛兹·冯·泊利欣根》，那么，我们会听到剧中人物口中朗朗吐出一句颇具震撼力的台词：“不公正胜于无秩序！”^①这时，我们会突然有点惊慌：大凡能够被称为“恶”的言行，无一例外地表现为对公正的挑战和蔑视。人类为建立理想社会所做的一切努力，难道不就是对于公平和正义的寻求吗？因此，公正是“善”的化身，是法的本质；一只高擎代表公正的天平的手，便是法律的象征；法律高于一切，公正高于一切。至于秩序，一种有序活动的过程和状态，似乎一定要以公正为特征。而公正的结果，似乎恰恰正是秩序的建立。相反，如果一种秩序的维持必须以不公正为代价，我们宁可摧毁这种丑恶的秩序，然后重建新的公正的秩序。秩序，似乎应当是公正的自然结果，是公正的副产品。但是，竟然有人把秩序凌驾于神圣的公正之上，竟然有人把代表恶行的“不公正”强加于法律的臣民！从“不公正胜于无秩序”的呐喊中，我们似乎听到了一种粗暴压迫信念和自尊的强权，似乎感觉到了一种公然凌辱良心和道义的威胁！

然而，我们现在却要来论证：“不公正胜于无秩序”不仅是传统民法蕴涵的重要价值判断，而且是现代民法最重要的并且越来越重要的基本理念，尽管我们不得不面对如此众多的复杂问题：公正是什么？秩序是什么？公正难道必须以秩序的牺牲为代价？秩序难道一定意味着对公正的抛弃？

一、民法之公正观念的理性分析

在与法律有关的概念中，“公正”为一切人耳熟能详。何谓“公正”？或曰公平；或曰正义；或曰公平与正义。此等解释，虽然简单得不太像学问，但至少清晰明白。然而，随手翻看手边所存不多的几本法理学著作，却立马吓出一身冷汗：区区一个“正义”的概念，竟是“二十世纪西方法哲学的重大理论热点”，而且从古到今，那些看来绝对应当是最聪明的法哲学家

* 本文原载《民商法论丛》第 19 卷，金桥文化出版(香港)有限公司 2001 年版。

① Goethe, *Die Belagerung von Mainz*, cité par Malaurie et Aynés[M]. *les biens*, 2e, éd. Paris: CUJAS, 1992:125.

们纵然“绞尽脑汁”，也根本未能弄清楚“什么是正义”，^①以至于他们不得不承认：“正义有着——一张普洛透斯似的脸(a Protean face)，变幻无常，随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时，我们往往会深感迷惑。”^②于是，便出现了根本否认可以用一种理性的科学的方法来确定正义的内容的凯尔森(Hans Kelsen)，依他的说法，正义的客观标准原本就不存在，如果说有什么正义的话，那不过是基于人们的思想、感觉和希望的情绪之上的一种主观判断，其既不能用事实来证明，也不能用逻辑推理的方法来论证。^③而阿尔夫·罗斯(Alf Ross)则更为生动地将“诉求正义”者比喻为一个显然愚笨至极、正在“砰砰敲桌子”的人，其煞有介事的“砰砰”声不过是“一种将个人要求变成一个绝对公理的感情表达”。^④至于另一位美国哲学家和伦理学家宾克莱甚至直接引用某个作家的诗句来表达其“正义”的判断标准：“全看你在什么地点，全看你在什么时间，全看你感觉到什么，全看你感觉如何”，“今日为是，明日为非，法国之乐，英国之悲”；^⑤云云。如此一来，“正义”竟似乎成了一片飘忽不定的树叶，可以任人戏弄和把玩。

好在我们无意探索“正义”的绝对真理，自然也无须且无能卷入此番20世纪法哲学的大论争。因为我们只要仅仅能够大致感觉到公正的内涵，或者说，只要我们能够依据普遍的社会心理对公正确定一个内涵，甚至于只要根据需要对公正自行确定一个内涵，便可以进行讨论；毕竟，我们的讨论仅仅局限于民法的“狭小”范围之内，而且讨论的目的仅仅限于论证民法某些制度的合理性，并不涉及“正义共和国”之恢宏理想[这是柏拉图(Plato)在*Republic*一书中提出的]可否实现，也不涉及人人“机会无限平等化”的社会政策(这是莱斯特·沃德在*Applied Sociology*一书中提出的)应否采纳。^⑥

不过，民法之任何意义上的公正理念绝对要被法的一般的、普遍的、共同的正义理念所覆盖。尽管我们可以采用一种实用主义的方式逃离“自古以来”丝毫未曾削减的把“正义”的面孔弄成普洛透斯令人不敢仰视的变幻莫测的面的法哲学理论旋风，但是，民法的公正理念不能不从普洛透斯的脸上去寻找某些大致可以确定的线条和轮廓作为其形成的基础。

循着博登海默的指引，^⑦我们首先发现，对于正义的探索焦点，常常聚集于“平等”或“自由”这两个价值元素；针对柏拉图基于集体主义理想而提出的正义观念(即正义存在于社会

① 张文显，二十世纪西方法哲学思潮研究[M]，北京：法律出版社，1996：571。

② E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：252。

③ 凯尔森，什么是正义？[J]，现代外国哲学社会科学文献，1961(8)。

④ Alf Ross, *Law and Justice* [M] // E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：259。

⑤ 宾克莱，理想的冲突：西方社会变化着的价值观念[M] // 张文显，二十世纪西方法哲学思潮研究，北京：法律出版社，1996：574。

⑥ E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：253-254。

⑦ 以下有关学者的观点，E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：253-256。

有机体各个部分间的和谐关系之中,因而作为某种普遍性秩序的依附性成员,作为不能为所欲为的并非孤立存在的任何个人,必须使其个人愿望和倾向服从于整个集体的有机统一性),伟大的亚里士多德(Aristotle)认为,正义必须寓于“某种平等”之中,即从正义这一概念的分配含义来看,它要求按照比例平等原则把世界上的事物在社会成员之间进行公平的分配,相等的东西给予相等的人,不相等的东西给予不相等的人。而美国社会学家莱斯特·沃德(Lester F. Ward)则主张一种真正的平均主义的正义观,其认为正义存在于“社会对那些原本就不平等的社会条件所强行施与的一种人为的平等之中,因此,应当采纳一种在一个社会或国家的全体成员之间实现机会无限平等化的社会政策”。至于卡尔·马克思与弗里德里希·恩格斯,则提出了我们更为熟悉的未来共产主义社会的真正平等的远景蓝图。

与此相异,英国哲学家和社会学家赫伯特·斯宾塞(Herbert Spencer)则把“自由”作为与正义概念相联系的最高价值,其正义观被归纳为一个经典的公式:“每个人都可以自由地干他所想干的事情,但这是以他没有侵犯任何其他人所享有的相同的自由为条件的。”而伊曼纽尔·康德(Immanuel Kant)则将自由首先确定为系属于每个人的唯一原始的和自然的权利,然后从这一前提出发,将正义定义为“一些条件之总和,在那些条件下,一个人的意志能够按照普遍的自由法则同另一个人的意志结合起来”。

但是,正义难道只能在平等和自由两者中单选一种为其最基本的价值元素吗?于是,我们便看到了约翰·罗尔斯(John Rawls)将自由和平等结合起来分析正义含义的正义理论。他认为正义观念应由自由和平等两个原则构成,只不过它们在社会政策中的地位不同,自由优先于平等,即自由只有因自由本身的缘故才能被限制,如果实现社会的和经济的平等的主张不可能使所有的人的自由总量得到增加,那么这些主张就必须让位。

接下来,我们还发现一些学者在自由与平等之外,将“安全”作为正义之更高的价值。其中,托马斯·霍布斯(Thomas Hobbes)认为,构成法律有序化之最为重要的任务,乃在于保护生命、财产和契约的安全,甚至自由和平等都应当服从这一崇高的政治活动的目标。而杰里米·边沁(Jeremy Bentham)同样在将自由和平等置于从属地位后,宣称安全为法律的社会控制的“主要而且的确是首要的目的”。

但无论如何,自由、平等以及安全等均在揭示正义的内在价值,而我们所需要了解的,是正义概念本身的定义。这时,博登海默向我们提供了查士丁尼《民法大全》所提出的并被认为是古罗马法学家乌尔比安(Ulpian)首创的一个著名的正义定义:“正义乃是使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志。”在这里,正义被认为是人类精神上的某种态度、一种公平的意愿和承认他人的要求和想法的主观意向。不过,这一正义的定义后来又被圣·托马斯·阿奎那改进,后者认为,正义是一个人根据一种习惯,“以一种永恒不变的意志使每个人获得其应得的东西”。上述“各人应得的归于各人”的原则通过亚里士多德关于分配正义和矫正正义的范畴在政治和社会活动中找到了得以检验的主要场所。此处的所谓“分配正义”,涉及在社会成员或群体成员之间就权利、权力、义务和责任所进行的配置;而所谓“矫正正义”,则在社会成员违反分配正义的规范时发生作用(刑事责任、民事责任等)。除此而外

的所谓“契约正义”，则适用于个人之间、社会群体之间或国家间的合同安排领域。

很显然，关于正义概念的内涵，无论承认其能为理性所决定的人，抑或认为其只能为一种非理性的理想的人（如持“相对正义论”的凯尔森），都可以而且事实上也已经从各种角度予以阐述。历史上，各种令人颇感混乱和令人眼花缭乱的正义观念，对于不同国家、不同时期的社会建构产生了其应有的巨大影响。而新的更加令人迷惑和眼花缭乱的正义理论必将继续产生这种影响。但我们现在所要做的，只是找寻并确定民法的一般正义观念。

如果把“各人应得的归于各人”权且作为公正的基本尺度，那么，笔者认为，民法之经典意义上的公正可以理解为民事主体在一切私人关系中经由自由意志而获取的既有利益所得到的同等的和确定的保护。

在民法的此种正义中，我们首先可以感觉到公正的平等价值，这种价值在“私权神圣”理念的历史记载中被表达得淋漓尽致：对于私权神圣，人们常常把它与所有权的绝对的、无限制的行使相等同，亦即仅仅从单向角度观察这一由1804年《法国民法典》确定的近代民法的基本原则，从而发现它塑造市民社会法律人格的功能——“无财产即无自由”，“无财产即无人格”。为此，具有绝对效力的所有权不仅可以对抗其他人，而且可以对抗作为公共权力代表的国家（由此，18世纪风行欧洲的可归纳为“个人权利对国家权力的抗衡”的哲学思想，便在私法之权利体系中获得了最为鲜明的表现）。如此一来，个人的自治和人格得以确认和发展，人的自由也得以扩张和延续。然而，容易被人所忽略的问题是，私权神圣在确定个别的、特定的、人与个别的特定利益之间（尤其是人与物之间）牢不可破的联系的同时，也对全体特定的人就全部特定利益进行了公正的分配：任何人的私权均得因不受他人的恣意侵夺而成为神圣，而任何人的私权的神圣又来源于并依赖于对他人私权之神圣的尊重。正因为“欧西以正义为法律规范，故其对于正义之观念，以权利为出发点”。^①于是，整部民法成为尊重私权之法。私权成为民法的逻辑起点：民法以私权保护为己任，私权为民法之中心理念。从20世纪开始的对于所有权绝对性的越来越多的限制中，我们看到的只是国家基于社会公益的维护而对私人所有权的行使方式及范围所进行的必要的重新界定，但是，如果承认私人所有权从来都要受到限制这一历史事实，承认私权神圣从来都仅仅具有相对意义，那么，我们就不能不承认，无论在社会公共权力与私人的关系之中，抑或私人与私人的关系之中，“私权神圣”的理念从来都没有被泯灭，私权之上的神圣光环并未因对私权的所谓限制而有丝毫减损。

在民法的此种正义中，我们还可以感觉到公正的自由价值，这种价值在“契约自由”的庄严宣告中同样被表达得淋漓尽致：人们营造完美的法律制度的目的是构建理想的社会。而理想的社会标准，便是“最大限度地承认个人的权利，承认个人所具有的自由与生俱来”。^②而在一种理想的社会经济形态中，人的自由选择并由此而导致的利益竞争从根本上激发了

^① 何孝元，诚实信用原则与衡平法[M]，台北：三民书局，1986：56。

^② Guunot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, p.61.

人的创造性和能动性。独立利益主体之间的自由竞争自发地保护了所有权与社会经济之间的平衡,供求关系的规律由此显现,商品的价格与其价值、社会生产与社会需求由此相适应。物尽其用,人尽其能。而人们在选择自由的同时,也就选择了公正,正如康德所言:“当某人就他人事务作出决定时,可能存在某种不公正。但他就自己的事务作出决定时,则绝对不可能存在任何不公正。”^①契约是私人之间对于利益的“自愿”的分配方案,因此也被认为是最佳分配方案;契约将各人“愿得”的亦即各人“应得”的归于各人。正因为“契约等于自由”,而“自由等于公正”,因此,寻着当然的逻辑链条得出的结论就是“契约等于公正”。当历史的车轮滚入 20 世纪之时,我们同样看到了对于契约自由越来越多的限制。这些限制常常被认为是“实质公平”对“形式公平”的替代。但是,如果我们承认契约的正义从来都是建立于真正的自由基础之上,那么,契约所体现的公平就从来不仅仅是“形式上”的。而现代社会在公共利益保护的合理理由之下对契约的干预,不过仍然是这一社会对于契约之自由范围的重新界定而非对其正义之本质的否定;与此同时,现代社会在消费者、劳动者和其他弱者利益保护的合理理由之下对某些契约的限制,也不过是这一社会对于真正的契约自由的寻求和实现。换言之,在 19 世纪,当契约双方被认为当然处于相互平等的地位时,形式上的自由即实质上的自由,亦即形式上的公平必然导致实质上的公平;而在 20 世纪,当某些契约关系因缔约双方的“强者”与“弱者”之间的地位而被认为当然失去平衡时,人们开始抛弃形式上的自由而去寻找实质上的自由,因为只有实质上的自由才能导致实质上的公平。但无论传统的或者是现代的契约制度,其目的均在于实现“各人应得的归于各人”。从这个意义上讲,现代契约法对契约自由的某些限制,目的不过仍在于实现真正的自由。因此,只要存在商品交易,只要存在契约,契约自由就永远不可能死亡;如果说古典意义的契约自由已经死亡,那么,这只是因为它刚刚在现代意义的契约自由中获得了再生。这是因为,契约自由所记载和表达的正义理念本身,是不会死亡的。

总之,“私权神圣”所给予我们的公正,首先表现为在一个静态的财产关系中,权利人对于自己的物和其他利益绝对安全地予以支配和享用,不受任何一种不当行为的干预和侵扰。同时,也表现为在无数个静态的财产支配关系之间,人人各得其所,安分守己,不得为自己的利益而损及他人之利益。或者说,为了自己的利益的受尊重而尊重他人的利益,“对同等事物予以同等之对待”;而“契约自由”所给予的公正,则表现为在一个动态的财产关系中,交易双方自由选择并服从其自由选择所做的契约安排,“依法缔结的契约,在缔约当事人之间具有相当于法律的效力”。^② 由于市场竞争所决定的交易的风险性和投机性,至少在商人之间,契约的公正只能表现为交易双方获利机会的均等,而绝对不可能表现为双方获利程度的均等。

在这里,民法上的公正与法哲学上的正义显然是有区别的:虽然二者都是以平等和自由

^① 康德,法律理论[M],北京:商务印书馆,1982:78-79.

^② 《法国民法典》第 1134 条。

为其基本元素,但法哲学上的正义为广义的作为法的一般理念的正义,其关注的是法的基本价值,反映的是法自身的总体评判标准;而民法上的正义或者公正可以被理解为基于具体权利而生成的一种狭义的公正,其反映的是个别权利的法律价值,关注的是对具体权利的评判和维护。

从另一角度观察,法哲学上的正义理念显然是动态的。诚然,“正义为各人应得的归各人”具有静态的表面,但这一对正义的解读狡猾地包含了无限的可能性:何为“应得”,可以有无穷多的解释。因此,法哲学上的正义可以而且事实上随历史的发展而变化,随法观念的发展而变化。正因如此,我们才看到一个比一个更聪明的法哲学家们可以而且事实上不断揭示和创设正义的崭新内涵(在这里,所谓的“绝对正义”不过是试图说明存在一种超乎历史和国界的普遍正义,而所谓的“相对正义”则不过是试图说明不同历史阶段、不同社会环境中所存在的具体正义)。但民法上的公正可以被理解为静态的。在民法上,“各人应得的归各人”首先被设定于权利之上:何为“应得”?答曰:以权利为根据所得即为应得。因此,民法上的公正系以具体权利为起点和归属。言及公正,必首先言及权利。依权利所得即为公正,依权利应得而未得或未依权利所得即为不公正。而权利的基本品格是不会发生变化的。在民法上,任何权利一经确定,即具有不可侵犯性(所有权如此,债权也如此),民法观念的变化只能决定权利确认标准的变化以及权利行使方式和范围的变化。例如,在古代罗马法与现代民法确定的财产所有权之间,也许可以发现其在取得及保护方式以及具体权能等诸方面存在的许多差别,但“所有人得对所有物为排他的直接支配”这一结论毫无改变。当然,可以设问:为什么依权利所得即为公正?权利的公正品格又是从何而来?对此,如果回答:权利的公正来源于法律的公正。则下一个问题又会出现——法律的公正又是从何而来?……如此追溯,以至无穷。所以,我们定义民法的公正观念,只能采实然的角度,假定“权利等于公正”。至于创设权利的法律本身是否公正,如何达到公正,则是法哲学应当考虑和解决的问题,不在本文的研究之列。

因此,我们可以说,在民法上,公正就是对权利体现的个人意志的尊重,公正就是对作为权利核心的私人之特定利益的确认和保护。很显然,此种公正完全可能是狭义的,它仅仅揭示了民法在“定分止争”时所采用的最基本的(但并不是唯一的)依据,同时,它可能具有一种特征,即它所表达的立法者的感情与此种公正的受益人的感情是完全相吻合的:如果说“我的即属于我”(ce qui à moi est à moi)显示了人类生命中最基本的天性即占有的自私欲望,那么,所有权便是对这种人类天性所表现的人与物之间的颇为神秘的关系的确定,从而使这种人类品行得以延伸和发展。^① 质言之,民法上的此种公正并不代表立法者价值取向的终极点,它只是民法有可能存在的诸多价值元素其中之一,至少,它相对于我们将继续讨论的另一个价值目标“秩序”而存在(而在以后的讨论中,我们将发现,“秩序”所表达的另一种“正

^① Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les Cours de Droit civil, Les biens* [M], 2e éd. Paris: CUJAS, 1992:98.

义”，会如何伤害当事人的正义感情)。也就是说，我们不打算将公正抽象成为“万能钥匙”，不打算阐述“保护权利是公正的，不保护权利也是公正的”这样一些“普洛透斯们”才能回答的问题。一句话，我们所要做的，不过是所谓“制度法学家”通常所做的那样：以制度完善为目标，确定一个逻辑起点，然后推理出一个结论。至于该起点所必然引发的哲学思考或看来是哲学思考的思考，只能留给哲学家或看来是哲学家的哲学家去进行。

二、民法之秩序的价值定位

在法哲学家眼里，“秩序”是在理解法律制度的形式结构和实质性目的时相对于“正义”的另一个基本概念，意指“在自然进程和社会进程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”。博登海默在分析人们对于秩序之需求的心理根源时指出，两种根植于人的精神之中的欲望或冲动，导致要求人际关系有序化的倾向：一是人具有重复在过去被认为是令人满意的经验或安排的先见取向；二是人们倾向于其相互关系由关于权利义务对等的合理稳定的决定所控制，而非由瞬时的兴致、任性和专横力量所控制。^①“安全”则是“秩序”所包含的实质性价值。在博登海默看来，法律的秩序价值来源于法律的本质：法律的对面存在两个天敌，一个是无限制的自由即无政府状态，另一个是无自由即专制政治。法律正是通过将秩序即行为规则的引入，实现前述两种社会生活的极端形式之间的折中或者平衡：通过建立私法制度，有效地确定并限制私人权力，避免众多个人自由意志的相互冲突；通过建立公法制度，有效地确定并限制政府权力，避免或救济此种权力对私人权利的侵犯，预防暴政统治。^②

由此可见，在一些法哲学家看来，法学上的秩序概念，是对法律本身的要素之揭示，其关注的是建立人们行为模式和结构所采用的标准，其关涉的是社会制度和法律制度的形式结构而非其实质。而这种制度或规范之内容及其价值，却是由“正义”观念加以指引和评判的。正因如此，秩序（一种法律制度）如不能满足正义的要求，则其不可能提供真正的秩序与和平；而正义（一种法律制度的合理性）如没有一个有序的司法制度来确保执行，则正义也无法实现。由此，法律为秩序与正义的综合体，创设“正义的社会秩序”（just social order）实乃法律之本旨。^③但是，民法上的秩序概念不能与之完全相同。

关于民法的秩序，首先注意到的可能是民法上固有的“公序良俗”原则。其中，“公共秩序”是唯一经常在民事立法上显现的有关“秩序”的用语，给人以“公共秩序即民法秩序”的强烈印象。但实际上，“公序良俗”原则所昭示的是私权与公权即个人利益与社会利益所必然发生的冲突之临界点及平衡点：公共秩序作为国家利益的载体，善良风俗作为社会伦理的载体，共同表现了社会之存在及其发展所必需的一般秩序要求，是“社会强迫个人遵守并构成

① E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：226。

② E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：233。

③ E.博登海默，法理学、法律哲学与法律方法[M]，邓正来，译，北京：中国政法大学出版社，1999：318。

该社会基础的某些‘至高无上’的规则”，^①其本质是某种属于统治地位的集团以强制性规范的方式强加给个人的一种压制。^②这种强制在政治生活和经济生活领域分别发挥其机能：在政治生活领域，公共秩序以社会的基本结构（国家、家庭和社会道德）为其保护对象，使之不受个人意志的侵犯，使个人在私法领域的活动不违背文明社会的基本准则；而在经济生活领域，公共秩序以社会经济总体上的稳定和平衡为其保护对象，以实现市场交易关系的平等并防止私权的滥用而损及社会经济整体利益。^③因此，民法上的公共秩序标明了私人活动领域之自由空间的范围，是国家权力为市民社会之领地修筑的最终栅栏（从这个意义上讲，将公序良俗原则的作用确定为对私法自治的限制，从而认为其具有“足以与私法自治原则相匹敌的强行法性格”的观点，^④是可以成立的）。不过，这种秩序尽管具备法律秩序的一般品格，但其渊源主要来自于公法（宪法、刑法、行政法以及在经济生活领域表现国家干预意志的经济法等），民法的任务主要在于指明这一秩序的界限和位置，却一般并不安排其具体内容和确定其具体标尺。因此，可以说，公共秩序只是“外力”强加于民法安排的一种必需的约束，它保证了民法秩序的合理形成，但并非民法秩序本身。

在民法上，秩序应当指的是民事生活自身进程的和平、稳定与安全。

所谓和平，表现为由于利益分配结果的不确定性而在权利主体之间形成的一种相安无事的状态。正所谓“一兔走，百人逐之”，秩序大乱，其原因“非以兔可分以为百也”，而在于“名分之未定也”。一旦确定了“名分”，则即使“卖兔者满市，而盗不敢取”。^⑤例如物权的制度价值，首要便在其“定分止争”的功能。倘言“国不可一日无君”，则同样可称“物不可一日无主”。纷纭世界之万草千木，倘都有人对之行使排他的支配权利，人与人之间的和睦相处才有条件。经济生活如此，伦理生活也如此，父母子女，兄弟姐妹，名分既定，焉有争执？

所谓稳定，首先表现为既有利益分配结果状态的连贯性和持续性。利益一旦经由权利的确认而予以分配，则与特定的人紧密结合。此种结合连续，不因不可预测的力量而断裂。物权法上有关物权“追及效力”的规定以及对回复“物权行使状态之圆满”而设定的全部规则，无不表明了这一点。而在交易中，稳定的需求不仅表现为当事人对相对方遵守诺言的渴望，同时还表现为民法为稳定交易结果所做的全部努力（例如在当事人无特别约定的情形，依照包括我国在内的许多国家民法的法定原则，动产出卖物的所有权一经交付便确定地归属于买受人。在这里，“交付”所导致的买受人对物的实际“把持”这一物质现象，比任何观念上所虚拟的“控制”更能激发当事人渴求稳定的心理并为立法者所理解。也许，这正是现

① Weill et Terré, *Droit civil*, N°240, cité par Flour et Aubert.

② Carbonnier, *Les obligations*, p.143.

③ 关于“政治的公共秩序”与“经济的公共秩序”，见尹田，*法国现代合同法* [M]，北京：法律出版社，1995。

④ 林幸司，*德国法上的良俗论与日本法的公序良俗* [M] // 姚辉，*民法的精神*，北京：法律出版社，1999：39。

⑤ 《商君书》：“一兔走，百人逐之，非以兔可分以为百也，由名分之未定也，夫卖兔者满市，而盗不敢取，由名分已定也，故名分未定，尧、舜、禹、汤且皆如鸛焉而逐之；名分已定，贫盗不取。”参见佟柔，*民法原理* [M]，北京：法律出版社，1987：135。

代各国民法多不采用法国民法以“契约成立”为动产出卖物所有权转移时间的真正原因)。

所谓安全,表现为正常行为发生预期之正常结果的确定性。

哈耶克(F.A. Hayek)在论述社会秩序的两种渊源即“自生自发的秩序”(spontaneous order)与“人造的秩序”(a made order)时,将“秩序”定义为“这样一种事态,其间,无数且各种各样的要素之间的相互关系是极为密切的,所以可以从我们对整体中的某个空间部分或某个时间部分(some spatial or temporal part)所做的了解中学会对其余部分作出正确的预期,或者至少是学会作出颇有希望被证明为正确的预期”^①。在这里,预期结果出现的确定性或者最大限度的可能性被认为是秩序的本质特征。由此,秩序凸显出其与“安全”的重要关联,即秩序不仅表现为法律本身的一致性、稳定性和连续性,人们得在行为之前预测法律对自己行为的态度,不必担心来自国家强制力的突然打击,^②而且表现为人们享有诸如生命、财产、自由和平等等其他价值的状况稳定化并尽可能地持续下去,使人们不会担心“今天所赋予的权利在明天被剥夺”^③。而在民事生活中,当事人就利益享有的预期包括两种:一种为利益享有的稳定之预期(既有利益的享有不被他人任意夺取),其被称为“静的安全”;另一为利益取得的确切之预期(正常行为取得正常结果),其发生于交易之中,称为“动的安全”或“交易安全”。^④

从以上分析可以看出,民法之秩序的三种价值元素在某种情况下有可能相互重叠:“稳定”是“和平”的前提(“定分”不具连续性,则无法从根本上“止争”),“和平”当为“稳定”的结果,至于“静的安全”,则是“和平”与“稳定”在另一种角度的表达。而以民事主体相互关系的内在需求而构建的民法秩序(对一种和平、稳定与安全的民事生活事实状态的描述),与以建立人们行为模式和结构为目的的法律自身所代表的“秩序”(一种规则),是有区别的。

此外,基于秩序所反映的人们不同心理及其与社会整体利益的牵连程度,我们还应将民法之秩序区分为个别秩序与整体秩序。

针对一项具体的法律关系内部而形成的稳定状态为个别秩序,其满足了民事生活中当事人对于已经享有的正当利益(包括预期利益)之稳定及安全的需求。此种利益享有之正当性,通过权利(物权、债权或其他权利)的赋予而毋庸置疑。如所有人对所有物的享用利益之不受侵犯,不仅所有人认为是正当的,而且一切人都认为是正当的;又如买受人通过支付对价并接受交付而拥有出卖物的所有权,不仅买受人认为是正当的,而且一切人都认为是正当的。因此,对正当利益之享有的维护,符合社会生活中人们自发生成的或为人们所普遍接受的“正义”感情。而对一项具体权利的稳定、连续的保护,也塑造了这一项权利关系的秩序。尽管从延伸意义上讲,对每一项具体权利的稳定、连续的保护,也塑造了这一类整体权利关系的秩序,但如果考虑到对一项具体权利的侵犯,并不意味着对每一项同类权利或该类整体

① F. A. 哈耶克,法律、立法与自由:第一卷[M],邓正来,等译,北京:中国大百科全书出版社,2000:54.

② 卓泽渊,法律价值[M],重庆:重庆大学出版社,1994:12.

③ E.博登海默,法理学、法律哲学与法律方法[M],邓正来,译,北京:中国政法大学出版社,1999:293.

④ 郑玉波,民商法问题研究:一[M],台北:三民书局1980:39.

权利关系的直接侵犯,则可以将这种基于具体利益享有的正当性(即基于具体的权利)而建立的秩序称之为“个别秩序”。如前所述,这种建立于权利基础之上的个别秩序当然地具有“各人应得的归各人”的本质,因而与同样是建立于权利基础之上的民法的“公正”不会发生任何冲突。换言之,个别秩序等于公正。

个别秩序的着眼点在于对特定主体基于权利而享有正当利益之维护。对个别秩序的破坏,将导致特定主体的特定利益和法感情(正义感情)的损害。

针对法律关系整体上的稳定而形成的秩序为整体秩序。就其本质而言,整体秩序体现的是市民社会的整体利益,亦即市民社会内部生活总体上的和平、稳定和安全。在这里,整体秩序所代表的利益不同于社会公共利益(如前所述,社会公共利益即“公共秩序”是国家对市民社会自治空间的限制,但不是民法秩序本身),而是民事生活进程(如财产支配、财产流转等)总体上稳定有序之利益。同时,整体秩序并不等于个别秩序的总和;个别秩序的总和为整体秩序之最重要、最基本的组成部分,但整体秩序的寻求,有时不得不以牺牲个别秩序为代价。例如从罗马法开始便存在的时效制度,便是以牺牲权利人的利益谋求整体秩序的典型。因此,整体秩序的形成,有时通过个别秩序的形成而加以表现,但有时则通过对整体秩序的直接保护而加以表现(如基于交易安全的保护而形成的各种民法制度^①)。

将整体秩序与个别秩序进行比较,我们至少会发现三方面的差异:

其一,与个别秩序不同,整体秩序并不必须以既有权利为基础,其可以表现为对某项权利的否定(如时效制度中,消灭时效是对某项债权的否定;取得时效是对某项物权的否定),也可以表现为根本不考虑是否存在权利(如占有制度对占有人的保护,系以其占有事实而非以其权利为逻辑起点)。

其二,如果不直接涉及整体秩序,法律对个别秩序的保护,不会损及任何人的正当利益(如在正常情况下对所有权的保护,不会损害任何非所有人的利益);但法律对整体秩序的直接保护,则常常必须以破坏个别秩序为代价(如表见代理制度对善意第三人的保护,必须以牺牲无权代理之本人的利益为代价)。

其三,与个别秩序不同,整体秩序并不必然与人们普遍的正义感情相吻合。在这一点上,善意取得制度的规则表现得尤为鲜明:面对“自己的”财产因为他人的不法行为(无权处分)而突然变成另一“他人”的财产这一严酷事实时,权利人对于法律的此种致其损害的“公正”,不可能无动于衷或者心悦诚服。

总之,民法上许多直接保护民事生活整体秩序的制度,都是以破坏个别秩序即牺牲特定权利人的利益为条件的。而在个别秩序等于公正的前提之下,为保护整体秩序而牺牲个别秩序,实质上就是为保护整体利益而牺牲公正。

^① 交易安全(动的安全)之所以关涉整体秩序的维护,原因在于交易安全所涉及的善意第三人有可能为特定法律关系之外的任何人所充当。如对之不予特别保护,则等同于一切无辜的交易者均得受不可预测之事件的威胁,使任何在第三人看来是正常的交易中充满了危机和风险,从而在整体上破坏了交易的安全和稳定。

三、公正与秩序之冲突的解决

民法的基本作用在于利益衡量,利益衡量的必要性及原因在于不同利益之间发生冲突的必然性,而公正与秩序发生冲突的原因则正是在于相互对抗的两种利益中,一种利益为公正的载体,另一种利益则是秩序(指整体秩序,下同)的载体。在以权利为基础所建立的正义与以市民社会整体利益为基础建立的整体秩序一旦发生冲突时,民法所做的,当然是舍弃公正而保护秩序,这是一个历史事实。

分析任何一对发生冲突的利益之矛盾体,都可以轻易地发现,如果两种相互冲突的利益均不关涉整体秩序,则不会发生公正与秩序的冲突,其解决冲突的方法和目的只能是对公正的寻求。此种公正,可能表现为以确定其中一种利益的正当性(即该种利益以权利为依托)及另一种利益的不法性之后,对正当利益予以保护(如任何确权纠纷,被确定享有权利的人必定胜诉),也可能表现为在确定相互冲突的两种利益均具有正当性之后,对不同性质的权利依既定“等级”予以保护(如同一物上同时设定有物权与债权时,物权优先于债权),或者对相同性质的权利平等地予以保护(如债务人的财产不足以清偿债务时,两个以上的普通债权人依其债权金额按比例受偿)。相反,如果相互冲突的两种利益中,一种利益关涉权利(个别正当利益)的保护,而另一种利益关涉秩序(整体利益)的保护,则公正与秩序的冲突就不可避免。至于民法的选择,无一例外地是牺牲个别正当利益而保护整体利益。

一种情形是正当利益与正当利益之间的冲突。例如,在动产的无权处分的情形,真权利人与善意受让人均具有正当利益。虽然从利益的根据来看,真权利人的利益依托于权利,而善意受让人的利益仅仅依托于其“无辜”(善意受让人并不能依无权处分行为直接取得受让物的权利),但是,对之予以整体的观察,则真权利人利益的伤害被认为仅仅是其个别利益的伤害,而善意受让人利益的伤害却因其被认定为是对交易安全即交易整体秩序的伤害而绝对不可容忍,因此,善意取得制度毫不留情地牺牲了真权利人的利益。基于同样的理由,在无权代理的情形,虽本人与善意第三人对于无权代理的发生有可能均无过失(或者均有过失^①),但表见代理制度会毫不留情地抛弃本人而保护善意第三人。而物权的公示与公信原则在真正的所有人与信任不动产登记(即便是错误的登记)的善意受让人之间,选择了对后者的保护。

另一种情形是正当利益与不法利益之间的冲突。当不法利益的维护被认为是对整体秩序的维护时,民法总是公然地宣布不法利益胜于正当利益!例如,在实际占有财产的人(非法占有人)与对财产享有所有权的人之间的利益发生冲突时,对于权利人的保护及对非法占有人的不保护,意味着公正的寻求。但是,取得时效的规则牺牲了物权享有人(尤其是所有人)的利益,保护了非法占有人,其实质性的理由在于:长期持续存在的占有财产的事实状态的巩固和继续,意味着对秩序的寻求。由此而看到:(占有)事实所代表的秩序胜于权利,权

^① 尽管依通说,表见代理以善意第三人无过失为其成立条件,但笔者始终认为,从严格的意义上讲,对于无权代理的发生,第三人有可能为善意(不知),但对其不知完全无过失是不可能的。

利屈从于事实,事实(竟然还是非法的事实)消灭了权利并且创造了新的权利,亦即不法行为所形成的事实状态一旦成为秩序的载体,便理直气壮地脚踏权利而成为权利。而同样基于将长期持续存在的不履行债务的事实状态的巩固和继续视为“秩序”之理由,消灭时效的规则也将完全有可能将仅仅出于对债务人的仁慈而羞于讨债的债权人逐出法律之剑的保护领地。^①

还有保护债务善意清偿人的制度(对于向收据持有人清偿、^②向债权准占有人为清偿、^③向票据执票人付款^④以及向破产人清偿^⑤的当事人的保护)、对债权人撤销权的限制^⑥、对无行为能力制度的限制^⑦、特殊法律行为无因性立法^⑧等等。太多的事实表明,在以权利为代表的公正与以“交易安全”“财产关系及事实状态之稳定”等为代表的秩序发生冲突时,秩序总是占了上风。因此,可以说:不公正,事实上胜于无秩序。

一旦论证了个别利益(即权利的享有)与整体利益(即整体秩序)的关系,同时也就阐明了民法上表现为个别秩序的公正与表现为整体利益的秩序之间的关系,而对于民法的上述

① 至于在某些情况下,当享有利益的事实与作为享有利益之应有根据的权利出现脱节时,基于对秩序的保护,法律甚至根本不考虑受其保护的完全有可能是一项不法的利益。例如,A小偷窃得的赃物被B小偷窃取,尽管A、B均无法证明其为该动产的权利人,但法庭会支持一个小偷(A)从另一个小偷(B)手中夺回其“偷窃果实”,对于A是否有权支配该物不闻不问。这就是物权法上著名的占有制度。

② “收据”为债务受领之证书,用于证明债务清偿之事实,通常于债权人受领给付时书写并交付给债务人。但也可由债权人事先写就。于此种情形,收据持有人视为享有给付受领权。依《德国民法典》第370条之规定,无论收据持有人是否真正为权利人,只要清偿人为善意,即可因清偿行为而免除清偿责任(对之,《日本民法典》、台湾地区“民法典”规定较严;除为善意之外,清偿人还须无过失方可免责——见《日本民法典》第480条;台湾地区“民法典”第309条第2项)。

③ “准占有”指权利占有。行使不因物之占有而成立之财产权的人,为该权利的准占有人。其中债权之准占有最为典型,即表面看来享有债权的非债权人行使债权(如拾得银行存折并提取存款的人、债权转让无效时的债权受让人、本无继承权但继承了死者债权的人等)。依《法国民法典》第1240条、《日本民法典》第478条以及台湾地区“民法典”第310条第2项之规定,向债权准占有人为清偿行为时,只要清偿人为善意,即使债权准占有人之“债权”事后被真正权利人追夺,其清偿仍为有效。

④ “票据执票人”指现实持有票据(汇票、本票、支票等)并据此请求付款人予以付款的人。依票据法的基本规则,票据权利之行使须与票据相结合,持有票据之事实即可产生权利推定之效力。故日内瓦国际统一票据法以及各国票据法均规定,除非付款人具有恶意或者重大过失,否则即使票据执票人非为票据之权利人,付款人之付款行为仍为有效。

⑤ “破产人”指被法院认为破产宣告之人。破产人无权受领其受破产宣告前之债权的清偿。但《日本破产法》第56条以及台湾地区“破产法”第76条均规定,倘清偿人有理由相信破产人尚未破产而对之为清偿行为,其清偿行为为有效。

⑥ 我国《合同法》第74条规定,当债务人有偿转让财产而致无力清偿对债权人承担的债务时,须其转让价格“明显不合理”且受让人为恶意,债权人方可请求撤销其转让行为。

⑦ 我国《合同法》第47条规定,限制行为能力人超越行为能力范围订立的合同为“效力未定”,同时赋予相对人以催告权,赋予善意相对人以撤销权。其他国家的民法还规定,在某些情形,欠缺行为能力人所为之法律行为强制有效,包括限制行为能力人以欺诈手段使相对人信其有行为能力或者已经其法定代理人同意等。

⑧ 如票据行为之无因性、物权行为之无因性等。

选择(即整体利益胜于个别利益,亦即秩序胜于公正)之合理性,便无论证的必要。但是,对于某些利益在何种情况下足以构成整体秩序的载体必须加以论证,否则,就会有太多的不正当利益打着“秩序”的旗号谋求法律的特殊保护,从而在牺牲公正的同时,也牺牲了秩序,使法律的天平失去平衡。

在这里,正当利益相互间的冲突是比较容易解决的。这是因为,无论法律确定的尺度如何,最后得以保护的毕竟为正当利益。所以,凡涉及善意第三人的问题,法律对之予以侧重保护以维护交易安全,通常都不会有大的弊端。^①

但是,对于正当利益与不正当利益之冲突的解决,则必须小心谨慎,亦即在认定某种不正当利益构成“秩序”以至于必须加以保护时,须掌握某些基本的尺度:只有当不正当利益因长时间的经过而形成某种牢固的事实状态和某种财产秩序,如果否定此种不正当利益就会导致整体秩序的破坏时,或者当对于公正的寻求(即对不正当利益的否定)足以造成对整体秩序的威胁时,才能以维护秩序为理由,否定对于公正的寻求。

例如时效制度,与许多理论阐述相反,这一制度的目的并不在于对“权利人有权利不行使”的谴责,而在于对既成事实(对他人财产的长期占有以及债务人因长期不履行债务而形成的财产状况)之巩固和持续的维护。因此,应当考虑的问题并非“权利人不行使权利到达何种期限”即应丧失其权利,而是“占有他人财产及不履行债务的事实状况不间断地持续到何种期限”即形成不宜破坏的秩序。就取得时效而言,占有他人财产的人不应因权利人行使权利的懈怠或者不行使权利的疏忽而取得权利,其权利的取得只能因占有事实的旷日持久,以至于对外界形成其真正享有权利的牢固表象,破坏这一事实状态即会导致财产秩序的不稳定;就消灭时效而言,权利人不因怠于行使、疏于行使甚至羞于行使权利而丧失其权利,其权利的丧失只能因为其长期不主张权利使义务人已经“习惯于”义务的“不存在”,以至于就义务人的财产状况于义务人自身及外界形成一种可值得信赖的稳固的事实状态,一旦破坏这一状态,即会破坏既存的财产秩序。所以,取得时效和消灭时效的期限都不能规定得太短。正因如此,对于取得时效,依不同情形,法国民法典规定为10年、20年,德国民法典规定为10年、30年,日本民法典规定为10年、20年,瑞士民法典规定为5年、10年,我国台湾地区“民法”规定为5年、10年及20年;就一般请求权或诉权的消灭时效,法国民法典规定为30年,德国民法典规定为30年,日本民法典规定为10年、20年,我国台湾地区“民法”规定

^① 例如,即使规定善意取得适用于赃物、拾得物的善意购买人,也完全不会背离民法这一制度的基本精神(对于赃物、拾得物的善意购买人,各国多规定所有人在支付善意购买人购买赃物、拾得物的价款的条件下得请求其返还原物,并以此种情况下所有人于所有物之脱离“无过错”为其理由。但事实上,如果说所有人将财产交由他人保管、出租、出借等,因而对于其财产被占有人无权处分而有过错的话,则因疏忽大意而致财产丢失或被他人偷窃的所有人,很难说就没有过错。因此,规定善意取得不适用于赃物、拾得物的善意购买人,同时又规定善意购买人可从所有人处取得价款,其实是民法理论上的一种不彻底和虚伪)。

为15年。^①我国《民法通则》规定的诉讼时效期限仅2年。事实上,至少就中国的国情,对于债务人而言,区区2年时间根本不足以构成某种与“秩序”相关的事实状态。此种规定在立法指导思想上的错误的根源,便在于将时效的本旨误为“促使权利人及时行使权利”而未将之与秩序的维护挂钩。^②

又如有关我国物权法是否应当承认物权行为的问题,众说纷纭,但这样一个以保护秩序(交易安全)为本旨的制度,不可避免地将导致对善意第三人的保护(依照物权行为理论,即使债权行为无效,当事人也基于交付或者登记而取得财产所有权,如果其将以不正当手段获得的财产转让第三人,则无论第三人为善意或者恶意,均取得对财产的所有权)。而有关保护交易安全的基本理论,却从来不承认对善意当事人的保护得涉及何种交易安全。因此,物权行为理论对于善意第三人的保护,并不涉及任何整体利益即整体秩序的维护,故其无法从法理上寻找到其合理性的依据。为此,物权行为理论不应当为我国物权法所采用,其关键并不在其过分抽象,“凌辱生活”,而在其所导致的某种结果(依“我们的观念”)既损害了公正,也损害了秩序。^③

再如情势变更原则,强调此原则之重要意义者无不以其可实现当事人之间的公平为理由。但依笔者所见,我国民法是否规定这一原则,关键并不在于考量实行这一原则可否平衡契约双方当事人的利益(其平衡利益的作用显而易见,故无须论证),而在于考量于特定的社会条件下,这一原则在调整当事人之间利益而致公平的同时,是否有可能严重损害整体秩序。由于情势变更原则立足于“实质公平”,将当事人订立合同时无法预见的客观情势(主要是指严重的通货膨胀等经济情况)的重大变化而导致双方就交易所获利益或所失利益的重大失衡作为其适用条件,因此于商人之间的交易而言,这一原则的适用与商业竞争的机制背道而驰。就契约当事人之间的关系来说,情势变更原则的适用得使双方的利益获得平衡,从而实现对个别正当利益的保护。但是,不仅合同的强制力由此被予以否定,而且由于现代交易的连续性,一项交易的否定或变更将有可能导致一系列相关交易的否定或变更,已经形成的交易秩序便有可能遭受冲击,进而导致更严重的、整体性的不稳定。因此,情势变更原则被称作一把“双刃剑”,即其在保护公正的同时,有可能破坏秩序。故立法者不得不在公正与秩序之间作出权衡:在特定的条件下,如果将之作为普遍适用的原则加以规定,其适用于秩序的破坏是轻微的,则不妨在立法上予以规定,以寻求公正的维护;如果相反,其适用于秩序

^① 《法国民法典》第2262条至第2270-1条;《德国民法典》第195条、第900条、第937条以下;《日本民法典》第162条以下;《瑞士民法典》第661条及第728条;我国台湾地区“民法”第125条以下及第768条以下。

^② 通说认为,时效制度目的在“促使权利人及时行使权利”,“避免因年代久远而使法院认定证据时的困难”,云云。其实,权利人有行使权利的自由,也有不行使权利的自由,任何“促使”权利人争讼的制度都不是好制度。同时,无论基于何种原因而无法认定证据,只能作出权利不存在的裁判。既然权利不存在,则无所谓权利的保护,此与时效有何关系?

^③ 物权行为理论保护交易安全的意图,完全可以通过动产善意取得制度以及不动产登记之公信力原则加以实现。

的破坏有可能是严重的,则只能不在立法上予以规定,以寻求秩序的维护。^①

综上所述,即使不去揭示现代经济社会发展过程中因对于各种复杂的利益关联的关注超过对于个别利益之衡平的较量(所谓效益优先于公平)而对法律观念所产生的深刻影响,即使不去描述因“私法公法化”或者“私权社会化”之现象而对于传统民法精神所产生的重大影响,我们也可以清晰地感觉到在现代民法上,以交易安全及其他有关价值为代表的秩序之地位的不断上升,感觉到民法关注点的某种变化趋势,以及民法在其对公平正义价值的追求过程中越来越多地受到社会整体利益的制约、支配和控制。因此,我们有必要重新思考民法的价值目标,重新检讨民法制度设计的某些基本理念。公正与秩序之间所发生的冲突及其解决,则有可能是此种思考的重要切入点。

秩序胜于公正。因此,不公正胜于无秩序。

^① 我国于1999年3月颁布的《合同法》未规定情势变更原则。对此,学术界意见颇大,批评文章很多。事实上,在合同法立法过程中,是否规定情势变更原则一直存在激烈争论。笔者曾在一些重要场合(如1999年1月全国人大法工委召开的合同法最后一次专家论证会议,李鹏委员长于同期召开的专家座谈会,以及中央电视台、中央广播电台于合同法颁布后的专题采访节目中),就我国合同法要不要规定情势变更原则多次发表过意见。笔者的观点是:我国正处于经济发展的不稳定时期,秩序的维护胜于对个别交易关系公平的维护,因此,我国合同法不宜将情势变更原则作为一般规则加以规定,但这并不妨碍法官依此原则的精神对个案作出必要的裁判。



民法调整对象的理论检讨与立法表达*

一、民法调整对象理论的价值

20世纪70年代后期至90年代前期,中国法学界一场最引人注目的、旷日持久的论战,便是关于民法与经济法调整对象的界分问题。而1986年颁布的《民法通则》关于“民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系”的表达,成为民法调整对象表述之经典,其不可动摇的权威甚至使后来的立法者不敢轻易对其明显错误的文字修饰作出任何微小的改正。^①事隔30多年之后,有必要对前述“平等主体关系说”予以恰当的评价。

在很多中国民法学者的观念中,似乎民法调整对象的确定是民法得以成为独立的法律部门的前提,或者说,民法调整对象的确定决定了民法精神和民法理念乃至全部具体规则的形成。但现在看来,所谓“平等主体关系说”的理论价值,其实是在一个谈“私”色变的特殊历史时期,为“私的生活领域”寻找到了—种迂回曲折的表达方式。而无法回避的事实是,“平等主体关系说”并非中国学者具有新颖性或者独创性的发明或者发现,此种学说实际上只是传统理论上有关公、私法划分依据的一些主要学说的综合,而且这种学说也并非完美无缺到足以表达民法本质的全部。

将法律区分为公法与私法,起源于罗马法,^②近代以后才成为西方法律的传统。但理论上就公、私法划分的具体标准,一直存在分歧。在德国民法理论中具有代表性的三种主要学说中,“主体说”最为重要,其认为,应以法律关系的主体属公权主体或者私权主体,作为划分

* 本文原载《私法》第8辑第2卷,华中科技大学出版社2010年版。

^① 根据汉语语法,“平等主体”作为名词性词组,断不可以修饰“公民与公民……”。而1999年3月颁布的《合同法》第4条规定:“本法所称合同,是平等主体的自然人、法人以及其他组织相互之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。”尽管在同年1月全国人大法工委召开的《合同法》起草专家讨论会后,笔者郑重其事地专门就该法草案中的文字问题提出了长长的书面意见,其中包括有关在前述条文中的“平等主体”之前加上“作为”二字,但此条建议,完全没有被采纳。

^② 罗马法学家乌尔比安(Ulpianus)在《学说汇纂》(1,1,1,2)中率先提出“公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益”。彼德罗·彭梵得,罗马法教科书[M],黄风,译,北京:中国政法大学出版社,1992:9。

公法与私法的依据；^①“利益说”认为，应以法律关系或法律规范所涉及的是公共利益还是私人利益为准划分公法与私法；“隶属说”则认为，“公法的根本特征在于调整隶属关系，私法的根本特征则在于调整平等关系”。^②显然，我国的“平等主体关系说”基本近似于上述“隶属说”，即认为民法调整的社会关系的根本特征在于主体地位平等，凡主体间的关系具有命令与服从性质者，即不属民法调整范围。

但有关公、私法划分标准的任何一种学说，都没有被认为达到完全准确的程度，均受到种种批评。其中，“利益说”的最大缺陷，在于不能解释何以私法在保护私人利益的同时，也对公共利益进行保护；何以公法在保护公共利益的同时，也涉及对私人利益的保护。而“隶属说”的最大缺陷在于，私法中并非不存在对命令与服从关系的调整（如监护关系、私法上的公司及社团与其成员之间的关系等），公法亦未必不调整平等主体之间的关系（“传统国际法本质上即是享有平等权利的国家之间的法”，^③而地方政府之间也可以通过公法合同平等地确定其在公法领域内的共同问题）。至于“主体说”，其着眼于主体在参加法律关系时所拥有的“身份”的性质，认为如果国家或者其他公权社团以其公权载体的性质参加法律关系，则为公法关系，如其以私法主体的身份参加法律关系，则为私法关系，此种学说避免了“利益说”和“隶属说”的缺陷，但最大缺陷是在某些情况下无法确定主体行使的究竟是公权还是私权。由此，一些重要的德国学者提出，“任何一种旨在用一种空洞的公式来描述公法与私法之间界限的尝试，都是徒劳无益的”，^④“在公法与私法之间，并不能用刀子把它们精确无误地切割开，就像我们用刀子把一个苹果切成两半一样”^⑤。面对公法与私法在许多领域的相互交错，这些学者提出了一个重要的观点，即“将各个具体的法律制度或者法律关系归属于这个法律领域或那个法律领域，主要是受到了历史原因的影响”。^⑥而另一些持极端立场的学者则干脆否定了划分公法与私法的必要性，认为“法律应当一元化”，“国家与国民之间的关系亦为权利义务关系，而非权力服从关系”；^⑦至于将实体法由“两分法”改为“三分法”（即分为私法、社会法和公法）的观点，则将“私法中决策受到约束的那部分内容，从整个私法中分离出来”，使之构成所谓“社会法”领域（如《劳动法》《企业组织法》《反限制竞争法》等法规中有关雇主或者竞争者决策自由的限制性规定等）。^⑧

① 郑玉波.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:2;卡尔·拉伦兹.德国民法通论:上册[M].王晓晔,等译.北京:法律出版社,2003:5.

② 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:11.

③ 卡尔·拉伦兹.德国民法通论:上册[M].王晓晔,等译.北京:法律出版社,2003:5.

④ 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:13.

⑤ 卡尔·拉伦兹.德国民法通论:上册[M].王晓晔,等译.北京:法律出版社,2003:7.

⑥ 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:13.

⑦ 此为奥地利法学家凯尔森(Hans Kelsen)的观点,引自龙卫球.民法总论[M].北京:中国法制出版社,2001:9.

⑧ 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:11;卡尔·拉伦兹.德国民法通论:上册[M].王晓晔,等译.北京:法律出版社,2003:7.

很明显,公法与私法的分界与民法调整对象的确定属同一问题,就前者所发生的一切理论纷争,均同样存在于后者。因此,认为中国民法理论和立法已经完全科学地解决了民法调整对象问题的看法,是不符合实际的。

与此同时,纵观有关公法与私法之划分标准的讨论,可以发现其具有两个特点:

一是其讨论均为对既有立法的一种性质分析,亦即各个法律部门的形成均有其历史渊源,其形成过程虽然自觉或者不自觉地会受到该法律部门性质的制约和影响,但各法律部门的界分,并不是完全建立于对所谓公法与私法的分界基础之上。公法与私法的分界理论,与其说是对构建具体法律部门的一种理性指导,不如说是对业已形成的各具体法律部门之性质的一种观察分析的结果。此种分析,对于以后出现的新的法律的设计当然会发生重大影响,却不能从根本上改变原有法律体系的基本框架,甚至并不能绝对制约新的法律构建的全部活动。所以,公法与私法界分理论的价值,主要在于科学地解释法律的性质,尤其是在观念上确定和承认个人利益的独立性、个人利益与国家利益的对抗性,为私法自治原则的贯彻和在法律技术操作层面的具体适用提供条件和依据。

二是每一种观点都是立足于特定的观察角度,从某一侧面甚至主要方面揭示了不同法律部门的本质差异。但由于作为观察分析文本的法律自身性质的“不纯”(公法规范与私法规范不同程度的混合),从而不可避免地导致了此种分析结论的局限性。因此,无论“利益说”“隶属说”或者“主体说”以及其他各种学说,其实都从特定的角度准确地彰显了公法与私法的本质特性,各种学说相较而言,仅有所达准确程度高低之分而无对错之分。

正因如此,既有公法与私法划分标准的各种理论已经足以使人正确地把握公法与私法的本质区分,并足以在一些主要的法律部门(宪法、行政法、刑法和民法)的性质认定上达到准确的程度。为此,基于区分标准的无法精确而否定公、私法分类意义的观点是错误的,但试图提出一个绝对精确的区分标准并以此对具体法律进行实际的验证或者“分类技术鉴定结论”,则是没有必要和不可能的。这种不可能至少由两个因素所决定:一是前述德国学者所谈及的所谓“历史的影响”或者“历史的原因”,另一个更为重要的因素则是现代社会日益增强的国家对于私法领域的干预所导致的所谓“私法公法化”现象。

应当提及的是,公法与私法的界分理论是在法律的历史发展过程中逐渐形成的,而立法者在选择其法律表现模式及决定法律的内容设置时,除了受制于历史延续下来的法律框架结构或者立法习惯之外,更重要的是必须服从当时的立法目标和立法政策,因此,法律的调整对象的确定,固然可以在观念上指导立法者的行为,但过分技术化的限制就有可能束缚立法者的手脚,使其难以达成前述立法追求的实际目的。所以,除个别国家外,^①各国民法通常不将其“调整对象”在立法上予以明确表述,而仅以“民事主体”“民事权利”等概括用语,抽象

^① 如1995年的《俄罗斯联邦民法典》第2条第1款规定:“民事立法确定民事流转的参加者的法律地位;所有权和其他物权以及因智力活动产生的专有权利(智力财产)的发生根据和实现的程序;调整合同和其他的债以及其他财产关系和与人身有关的非财产关系,这些关系以其参加者的平等、意思自治和财产自治为基础。”

且间接地表述其法律的主要适用对象和基本任务。

中国民法则不同。这基于两个原因,1986年颁布的《民法通则》对于民法调整对象的立法表达,具有特殊的重要意义:

1.私法观念的挣扎求生。直至20世纪90年代前期,“私法”的概念在中国法学理论中仍然被拒绝,公法与私法的划分尚不为多数人所接受。因此,民法调整对象的确定,是认识民法性质的关键,也是使民法逃离“公法”的桎梏而获得自己生存空间的理论依据和前提。所谓“平等主体的自然人与法人”,实际上正是“独立自主的私权主体”的直接表达,而民法以私人之间的关系为其规范对象,则使民法的“私法化”成为可能。

2.民法生存空间的争夺。商品经济是作为私法的民法赖以生存的基本空间,然而,在中国的商品经济尚未成形的转轨时期,在私权观念尚未完全树立的过渡阶段,法律理论和实践对于民法的性质和功能的认识必然处于一种模糊的状态。尤其是在以计划经济和国家干预为特征的中国早期经济法理论甚嚣尘上的情况下,民法调整对象的“技术化”标准的确定,对于民法的学科发展和理论研究,对于私法观念在民众和权力阶层中的普及和教化,对于法院在司法裁判中正确寻找和适用法律的指引,均具有特别重大的意义。所以,《民法通则》被誉为第一部中国的“人权宣言”(更准确地讲,应当是“私权宣言”),而该部法律第2条关于民法调整对象的规定,则标志着中国民法从此理直气壮地拥有了自己的规范领域和空间,也标志着民法与经济法理论界长达数十年关于各自调整对象的论战中,以民法理论所代表的私法观念取得了初步的、决定性的重大胜利。

但是,《民法通则》的颁布并没有彻底结束民法与经济法之间就调整对象所发生的理论纷争,在此后中国长时间继续实行的计划经济和商品经济“双轨运行”的条件下,作为最重要的财产法制度之一的合同法制度,其调整的究竟是私法性质的关系还是公法性质的关系之问题,仍然争议不休。由此,从立法上彻底完成民法中最重要的契约制度的“私法化”的任务,不得不交给《民法通则》颁布将近13年后制定的新《合同法》去完成。新《合同法》第2条有关合同法调整对象的明文规定(“本法所称合同,是指平等主体的自然人、法人和其他组织相互间设立、变更、终止民事权利和民事义务的协议”),完全套用了《民法通则》关于民法调整对象的表达,确定了合同法的私法性质。自此以后,具有公法性质的“经济合同”的概念在中国盛行18年之后寿终正寝。法院系统也由上至下悄悄地将辉煌多年的“经济庭”改称为“民庭”。而在最具活力的合同法制度恢复其私法的本来面目之时,中国民法的私法地位似乎也获得了最终的确定。

很显然,上述中国民法获得其生存和发展空间的特殊历史过程,正是私法观念的萌生与发展的过程,同时也是作为私法的民法挣脱公法的束缚争取其独立地位的过程,而在公法与私法划分理论的基础上提出的民法调整对象的立法表达,则是这一艰苦斗争历程的辉煌成果。无论这一表达在立法技术上如何不必要,以及其在文字表述上如何不精确或者不周延,但考虑到中国社会私法观念的成长仍然继续遭遇到各种来自于公权力的压制或者来自于学术偏见形成的障碍,在未来的中国民法典总则中保留这一规定,仍有其重要的现实意义。

二、民法调整对象的具体范围

(一)“通说”中的瑕疵

我国早期的民法调整对象学说,重点在于通过解决合同关系的私人化问题而划清民法与经济法的界限,因此,“商品经济关系”(实际上指的是商品交换关系)成为民法调整范围的核心,一切论述据此而展开。与此同时,民法调整的财产关系范围也在理论上被确定,即具体包括“财产支配关系”“财产流转关系”“智力成果关系”“遗产继承关系”四个方面。以后,遗产继承被认为更具有身份性质,从而在理论和立法上逐渐将之并入家庭法,而所谓“智力成果关系”本质上不过是一种对于专利、注册商标和作品等无形财产的支配关系,不妨被财产支配关系所涵盖。所以,民法调整的财产关系范围遂被集中表达为“财产支配关系”和“财产流转关系”。此种说法与日本及我国台湾地区学者的说法基本接轨。而依据既有理论,除财产关系之外,民法还调整平等主体之间的“人身关系”。此一“人身关系”是“人格关系”和“身份关系”的合称。人格关系为基于生命、健康、名誉等产生的社会关系,身份关系为基于婚姻家庭而产生的社会关系,被民法调整之后,形成民法上的人格权与身份权。^①此种说法与日本及我国台湾地区学者的说法便有差异。因为对于民法规范的非财产关系,日本及我国台湾地区学者认为仅包括“身份关系”,并不涉及所谓“人格”。

在我国,上述关于民法调整对象具体范围的理论早已成为通说,尽管对之并非不存在种种疑虑(比如,通说认为知识产权中同时存在财产权利和人身权利,但知识产权所表现的人身关系究竟属于人格关系抑或身份关系;如认为是“身份关系”,则因其与婚姻家庭无关,此种“身份”当作何种解释;等等),但作为一种理论,毕竟仅仅具有一种解释论上的价值,精确与否,无碍大局,故20多年就这样沿用下来了,论者照论,学者照学,相安无事。殊不知真到了要立法的时辰,便出现了大问题。

首先是人格权的性质问题。在中国民法典中,人格权应否独立成编予以规定?此为民法典起草中的一大争议问题。笔者首先提出“人格权是一种宪法权利而非民事权利,非由民法典所创设”的观点,而被这一论断所直接颠覆的,正是有关“民法调整人格关系”的既有理论。而“人身关系”这一耳熟能详的基本概念,便因此而被炮轰得肢体横飞。很显然,一旦人格关系从民法调整对象范围中被抽走,民法调整对象范围就会面目全非。

其次是物权主体范围问题。中国物权法草案于2005年7月向全民公布征求意见以后,立法机关将尚待解决的问题归纳为十大疑难问题,分别于2005年9月与10月在全国人大法律委员会及吴邦国委员长召开的座谈会上进行讨论。该十大疑难问题之首即为物权主体范围问题。对此,笔者又提出了“就国家所有权而言,国家实为公权载体而非私权载体;国家所有权实为公权而非私权”的观点。这一观点的背后,同样直接涉及民法调整对象是否仅限于“平等主体之间的关系”的问题。如果笔者的观点能够成立且“平等主体”字样因此而从民法调整对象的表达中被抽走,则民法调整对象范围似乎亦会面目全非。

^① 张俊浩.民法学原理[M].北京:中国政法大学出版社,1991:5.

十分明显,民法调整对象的理论是一回事,其立法表达有可能是另一回事。理论可以适当模糊,但立法无法照办。为此,对于未来中国民法典关于民法调整对象的立法表达,必须进行仔细而深入的研究。

(二)“人身关系”流变考

据学者考察,“人身关系”不是大陆法系传统民法上的用语,将“人格关系”与“身份关系”合称“人身关系”,是我国民法学者的创造。

1. 学者的研究要点

徐国栋教授在其《“人身关系”流变考》^①以及《再论人身关系——兼评民法总则条文建议稿第三条》^②等文章中指出:

(1) 罗马法上的“身份”被包含在“人格”之中

古代罗马法上的“人法”包含组织一个社会及组织一个家庭两部分,前者由自由人的身份、市民的身份和家父的身份构成;后者是对家父的身份的展开,它以家父权为轴心规定了具有不同身份的家庭成员之间的相互关系,由此形成“国一家”的两极社会结构:国由众多的家组成,个人被遮蔽在家中,“国”对个人的治理在很大程度上通过“家”进行。由此,家父作为一个私的团体的首脑身份与他作为城邦的正式成员身份重合。以现代的眼光看,前一种身份属于私法,后一种身份属于公法。许多现代作者把前一种身份理解为现代民法调整的人身关系中的身份关系,而在古罗马,它不过是家父人格的构件之一。法律更加关注的是家父人格构件的公的方面:自由人的身份和市民的身份。因此,罗马人理解的身份概念比现代人理解的要广泛得多:身份是人格的要素或基础,人格由身份构成,复数的身份构成了单一的人格,诸项身份之一的缺失将导致人格的减少,丧失殆尽的结果是人格消灭。

(2) 1811年《奥地利民法典》凸显身份并将之私法化

法国人让·多马(Jean Domat, 1625—1696年)在其于1694年出版的《在其自然顺序中的民法》一书中,对身份的概念进行了清理,把“资格”(Qualité)当作身份的同义词。他认为,身份有自然资格与人为资格之分,前者如性别、出生、年龄、家父或家子的地位、婚生子女和非婚生子女的地位等;后者如拥有自由权的状态、受奴役的状态、诸种社会的和职业的身份等级、臣民的地位、外国人的地位等。自然资格与私法有关;人为资格与公法有关。这样的技术选择把涉及人的人为资格的规范从自然的私法中排除出去,由此完成了身份概念的私法化,并且把在罗马法中实际存在但未被归入身份范畴的男女、胎儿、未成年人等家庭法外的身份吸纳到私法性的身份中。受其理论影响,《奥地利民法典》中的人法把罗马法中的公法性的身份予以驱逐(取消自由人身份、赋予外国人以国民待遇),仅保留私法性的身份(包括:家族的身份这种我们现代最多的叫作“身份”的东西被保留下来,并按照现代人的平等观念分解为血亲和姻亲等身份。同时,凸显出精神病人、胎儿、失踪人、异教徒和法人等罗马法

^① 徐国栋,“人身关系”流变考[C]//中国民法百年回顾与前瞻学术研讨会论文集,北京:法律出版社,2003。

^② 徐国栋,再论人身关系——兼评民法总则条文建议稿第三条[J],中国法学,2002(4)。

中隐而不宣的身份)。结论就是,在《奥地利民法典》时代,身份仍然是人格的要素,但这里的人格已不是权利能力的意思,而是行为能力的意思。在古罗马,身份是从生物学意义上的人迈进到法律意义上的人的障碍,它涉及的是主体的权利能力的减等,其价值取向在于歧视,在两种“人”之间建立屏障。而《奥地利民法典》的价值取向在于追求平等,在于拆除这两种“人”之间的屏障,身份只是从有权利能力的人过渡到有行为能力的人之间的障碍。

(3)“人身关系”概念来源于对《奥地利民法典》中有关“人的身份与人的关系”之表达的翻译

《奥地利民法典》中的人法部分地关系到人的身份(*persönliche Eigenschaft*)和人的关系;部分地建立在家庭关系的基础上,其第一编第一章的标题就是“关于人的身份和人的关系的法”。而此处的所谓“人的关系”(*persönliche Verhältniss*),不过是“人的身份”的延伸,是因失踪人、外国人、亲属这些身份而产生的关系,并且不排除其他身份也被理解为能引起这样的关系。因 *persönliche Eigenschaft* 可以简译为“人身”,而 *persönliche Verhältniss* 也是一个非常容易被译成“人身关系”的词语,据此可以断定,我国民法理论中的“人身关系”术语的西文来源是:一位俄国的或中国的不知名的前辈,在一个我们不知的时间,把奥地利民法典式的“关于人的身份和人的关系的法”概括成民法调整的“人身关系”。

(4)我国有关“人身关系”的理论是从苏联民法理论发展而来的

苏联的民法调整对象理论不区分人格关系和身份关系,明确排除了法律能力问题和亲属关系归民法调整。1964年的《苏联民事立法纲要》第1条规定:“苏维埃民事立法调整在共产主义建设中由于利用商品货币形式而引起的财产关系,以及与财产关系有关的人身非财产关系。”其中,“与财产关系有关的人身非财产关系”仅指知识产权拥有者的身份关系(以及法学家通过强行解释而勉强加上去的特定人格权关系)。1958年出版的我国第一部民法教科书继受了这一理论,其指出:民法除了主要调整财产关系以外,还附带调整一定的“人身非财产关系”,即“因发明、著作发生的关系”。以后,佟柔教授在改革开放后的第一部统编民法教材《民法原理》中将人身关系定义为“没有财产内容而具有人身属性的社会关系”,并将其内容描述为生命、健康、姓名、荣誉等权利,以及著作权、发现权、发明权等与人的姓名、荣誉直接联系、不可转让的权利。再以后,西北政法学院1982年出版的民法教材把身份关系解释为血缘、婚姻、亲属关系以及知识产权中的身份关系,由此第一次把亲属关系解释为身份关系。而继1986年颁布的《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”之后,1987年出版的吉林大学的民法教材则开始把人身关系分解为人格关系和身份关系。作者称前者为与人们作为民事主体资格有关的社会关系;称后者主要为知识产权中的身份关系,但也包括监护关系。

2. 分析结论

徐教授的研究告诉我们如下重要信息:

(1)“人身关系”的概念来源不明且含义有别

事实上,徐教授没能寻找到民法上“人身关系”用语的来源。其有关“人身关系的术语有

可能源于某个俄国人或者中国人将《奥地利民法典》中‘关于人的身份和人的关系的法’概括翻译成为‘人身关系’”的推论是缺乏根据而且没有意义的：首先，既然“人的身份”（persönliche Eigenschaft）和“人的关系”（persönliche Verhältniss）在《奥地利民法典》中都是讲身份问题，而奥地利民法并不存在“人格”与“身份”的分离（其“身份”为“人格”的要素，而其“人格”的意思为行为能力而非权利能力），故其不存在将两者“概括”为有别于“身份关系”的所谓“人身关系”的任何必要。更何况在汉语中，并不存在将“人格”与“身份”合称为“人身”的固定表达，而“人身”一词仅指“个人的生命、健康、行动、名誉等”，^①与所谓“身份”毫无关系。所以，“人身关系”的表达也缺乏语言基础。其次，弄清“人身关系”于何时被何人运用于中国民法理论，这是无关紧要的（除非有人有意主张“发明权”），重要的应是弄清这一概念被赋予的具体含义及其变化的原因。

根据徐教授的考证，“人身关系”的含义有三个阶段的变化：①无论苏联民法或者早期中国民法理论中的“人身关系”（人身非财产关系），主要指的都是知识产权拥有者的“身份”关系，并不包括婚姻家庭中的身份关系（此与苏联将家庭法从民法中予以排除相适应），也不包括所谓“人格关系”（尽管苏联一些民法学者认为，基于人身侵权的损害赔偿关系属民法调整，故民法也调整基于具体人格利益而产生的关系，但此种基于人身权利遭受侵犯而发生的财产关系与人格关系本身是并不相同的）。②佟柔教授主编的《民法原理》中，人身关系的内容除知识产权人的“身份权”外，增加了各种具体人格权，但不包括婚姻家庭中的身份关系。③1982年以后，有关教材开始将婚姻家庭中的身份关系列入“身份关系”的范围。

由上可见，在我国民法理论上，所谓“人身关系”，经历了由单纯的“知识产权人的身份关系”到“知识产权人的身份关系与具体人格权”，最后到“人格关系与身份关系”（包括婚姻家庭与知识产权中的身份关系）三个发展阶段。

（2）“人格关系”与“身份关系”的并列，是中国大陆民法学者的创造

在罗马法中，身份为人格的构成因素。而在奥地利民法中，公法性质的身份被剔除，而私法性质的身份包括血亲、姻亲以及精神病人、胎儿、失踪人等，这些“身份”是作为行为能力意义上的“人格”的构成因素。至于苏联，其民法调整对象仅包括知识产权人的“身份关系”。唯在我国，伴随对“人身关系”的扩展解释，不仅将“人格关系”作为民法调整对象，而且将“身份关系”与“人格关系”作为互不隶属、两相并列的关系系统摄于“人身关系”名下，形成民法调整对象之“财产关系”与“人身关系”的二元体系。

（三）“人格关系”的性质

依照通说，民法调整对象为受民法规范的社会关系，这些关系具有客观性，其一经民法调整，即形成民法上的权利义务关系（谓之“民事法律关系”）。换言之，民事权利义务为民法调整已经客观发生并存在的某些社会关系的结果。此种有关民法调整对象与民事法律关系的基本理论，虽然并非一种唯一的理论（比如，某些德国学者便将“法律关系”作为法律的调

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室.现代汉语词典[M].北京:商务印书馆,2008:637.

整对象^①),但在解释民法权利义务的来源和民事法律关系的性质时,此种理论更为便利和科学,所以被我国学界所普遍接受。

但民法调整的“人格关系”究竟是什么?对此存在两种不同的认识:(1)通说认为,民法所调整的人格关系是基于人的生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉、隐私等而发生的社会关系。这些关系经民法规范后,即形成各种具体的人格权利。(2)徐国栋教授提出,前述对“人格关系”的表达,实际上是将“人格”理解为“具体人格权”(姓名、生命、肖像等),而将“人格”解释为“法律能力”(“权利能力”即主体资格)才是正确的。

应当指出,由于徐教授没能将民法调整对象的性质明确定位(是“物质的”社会关系还是“思想的”法律关系即权利义务),所以,其论述有些混乱(“人格关系”与“人格权关系”是不能等同的,“生命”不能等同于“生命权”,有关理论提出的“基于生命等而产生的人格关系”,其原意并没有将“生命”等同于“生命权”,而是说,由于生命而发生的人格关系受民法调整而形成了生命权,因此,这种理论在逻辑上并无不当)。同时,被推定从《奥地利民法典》中“关于人的身份与人的关系的法”翻译而来的所谓“人身关系”中的“人”与“身”,究竟是一回事还是两回事?徐教授对此始终含糊其辞:既然奥地利民法中的身份是人格的要素,则“人”与“身”就不能截然分开,“人格”与“身份”就不能两相独立,更不能两相分离。所以,徐教授关于“在早期,身份关系作为人格关系的要素存在,从奥地利民法典开始直到伊斯兰国家的‘人身法’,身份关系开始取得了与人格关系相并列的存在”的结论是没有根据的。但他确实指明了一个重要的问题,即“人格关系”中的人格,应当是而且只能是指人的法律资格。只不过他同时又将“人格”等同于“权利能力”,这是不正确的。

很重要的是,徐教授的考证表明,身份关系(无论是公法性质的身份还是私法性质的身份,无论是以家庭亲属为内容的狭义的身份还是包括其他内容的身份)从来都是法律或者民法调整的对象,但“人格”本身,从来都没有被作为私法的民法调整的对象(包括法国民法、奥地利民法、德国民法和苏联民法等)。将“人身关系”解释为“人格关系”与“身份关系”的并合,且将“人格关系”认定为民法的调整对象,是中国大陆民法在20世纪80年代的创造。

依笔者理解,“人格”应当指人的法律地位,而生命、健康、名誉等为人格内含的一些具体要素(对之,笔者称为“伦理性要素”,除此而外,人格还包含“政治性要素”与“财产性要素”),并非“人格”本身。与此同时,权利能力的拥有也是人格的表现之一。因此,“人格关系”应当是指人基于其享有的基本法律地位而发生的社会关系。

但依笔者的研究,“人格”从来都不是一种自然的社会客观存在,“人格关系”也绝非有待民法去调整的社会关系:现代社会,自然人之人格由基本法赋予,民法没有资格和必要去“调整”或者确认自然人的法律人格。

^① 迪特尔·梅迪库斯,《德国民法总论》[M],邵建东,译,北京:法律出版社,2000:52.

因此,人格关系的性质为一种法律关系,不可能成为民法的调整对象。^①

(四)“身份关系”辨析

依据史料,“身份”在罗马法和近现代民法中的含义具有根本区别。

罗马法中的“身份”是组织社会(不平等的身份社会)的工具,凡同时具有自由人、罗马市民与家父三种身份的人,方可具备人格。故此种“身份”表现和决定人的基本法律地位,是人格的构成要素,具有公法性质(如前所述,具有私法性质的家庭成员之间的身份仅是家父身份的派生物)。而近现代大陆民法中的身份,主要指家庭亲属关系中的身份,具有私法性质,其决定的是家庭亲属关系中人与人的相互地位,但并不决定自然人的基本法律地位,故其非为人格的构成要素。

依照徐教授的观点,除家庭亲属之外,私法性质的身份中似乎还应包括自然人与法人、公民与外国人以及与行为能力有关的一些问题(未成年人、精神病人、禁治产人、失踪人等)。在论述民法调整的身份关系的特定语境中,这是一种不正确的观点。应当看到,“身份”一词常常在广泛意义上被运用,可以之用来作为对人(或者团体)某种区别于他人的特定地位的表达。即使在民法中,如“代理人、财产管理人、合伙人”等,也不妨被视为某种特定的“身份”。但作为民法调整对象的所谓“身份关系”,其含义并不在于表达人与人之间的某种“身份”区别,而在于表达民事生活中特定的人与人之间基于特定的非财产原因(如血缘、婚姻等)所产生的相互利益关系。因此,自然人、法人、未成年人以及失踪人等,固然可以视为私法中的某种“身份”,但这些所谓“身份”,与民法调整的身份关系中的“身份”具有完全不同的意义。这些“身份”中,有的是用来描述民事主体的存在状态与方式(如自然人与法人),有的是用来描述特定主体的某种法律状态(如未成年人、精神病人、失踪人、禁治产人等),有的则是用来描述民事主体在民事法律关系中的法律地位(如代理人、代表人、合伙人、股东乃至出卖人与买受人、出租人与承租人等),这些所谓的“身份”,均非“身份关系”中的身份。

此外,应当特别加以讨论的是:民法调整的身份关系中,是否包括“因作者、发明者等身份”而产生的关系即所谓“知识产权中的身份关系”?在中国大陆早期的民法教科书中,因作者、发明者身份而产生的“身份关系”属民法调整的人身关系范围,是为通说。但此种说法在以后的理论发展中悄然不见。而在有关知识产权的理论中,作者享有的署名权、修改权、发表权以及保护作品完整权仍然被定性为“人身权利”,知识产权为财产权与人身权的结合仍为通说。^②显而易见,如果知识产权中存在“人身权”,而人身权必然经由民法调整人身关系而产生,则所谓智力成果关系中必然存在由民法调整的人身关系。鉴于“作者、发明人、商标权人”等当事人地位不可能成为“人格”之一种,所以,前述“人身关系”不可能是指“人格关系”而只能是指“身份关系”。

但诚如前文所言,作为民法调整对象的身份关系是特指特定人之间因某种特定事实而

^① 关于人格关系及人格的性质,尹田,论人格权的性质[J],法学研究,2003(4)。

^② 龙卫球,民法总论[M],北京:中国法制出版社,2001:140。

发生并存在的相互身份利益关系。如作进一步分析则可以发现,此种身份关系具备三个特点:一是非财产性质;二是存在于特定人之间;三是具有相互性,即此身份与彼身份相互联结、互为条件。例如,无“丈夫”即无“妻子”,无“父母”即无“子女”,反之亦然。但主体因拥有智力成果所产生的“作者”“发明者”以及“商标设计者”等“身份”,根本不是存在于特定人之间的关系之中,亦不具有任何相互性。因此,如同某人因拥有“精神病人”身份而享有某些法定权利一样,某人的“作者”身份不过是确认其所谓原始著作权归属的辨认标志而已。

与此同时,知识产权是否包含财产权和身份权之双重权利殊值存疑:如果专利发明人享有的署名权和商标设计人的署名权,为专利权和商标权中的身份权,这些权利是否包含在专利权和商标权中是很成问题的(如果专利发明人非为专利申请人、商标设计人非为商标注册申请人,则其何以成为专利权或者商标权的主体);而著作权中作者享有的发表权是否为财产权尚且争议不休,即便作者享有的发表权、署名权等权利不能明显看出其财产性质,但非财产性质的权利并非一定就是身份权(例如,股东的表决权非为财产权,但亦绝非身份权)。在此,有关民事权利分类的既有学说显然发生了误导作用:依照现行理论,依权利的内容为根据,民事权利被分为“财产权”与“人身权”(或者“身份权”)两种。此种分类并不能囊括一切已经出现或者将来出现的民事权利,其并不具有绝对性,这一点早已为学者所发现并指出。比如,有学者便认为:“通常属于非财产权的某些权利,纵无财产价值,亦不妨作为所有权标的。同理,通常属于非财产权的某些权利,也未必不具有财产价值……如法人名称权,当然具有财产价值。就是公民肖像权,亦可有财产价值。”^①既然如此,知识产权中即便包含某些非财产性质的权利,凭什么非得将之归于所谓“身份权”不可呢?

由此可见,民法调整的身份关系,应当仅指基于亲属、家庭而产生的身份关系。

(五)“平等主体”及其范围

如前所述,以“平等主体之间的关系”来描述民法调整对象的特征,基本上能够反映民事生活关系的性质。这里的所谓“平等主体”,专指民事关系的当事人具有独立财产和独立意志,其相互之间的关系不具有命令与服从亦即“隶属”性质。但是,批评“平等主体关系说”的观点指出:一方面,在民法调整的社会关系中,亦存在一些命令与服从的关系,如监护关系中,由于被监护人(未成年人以及精神病人等)不具有或者不完全具有意思能力,故其所谓“独立意志”客观上是不可能成立的,在有关的民事财产活动或者非财产活动中,被监护人必须听命、服从于监护人的意志;另一方面,在由公法调整的一些关系中,也不乏“平等主体”的存在,如国家之间基于平等原则而发生的经济、政治以及其他交往关系等。因此,以“平等主体之间的关系”来概括和表达民法的调整对象,仍有所遗漏或者发生歧义。

不过,鉴于真正意义上的“命令与服从”关系发生于具有行政隶属关系或者行政管理关系的双方主体之间,而行政关系完全由行政法调整,对之民法不会触及。至于所谓“社会法”或者“经济法”领域的一些关系(如劳动法、消费者保护法、反不正当竞争法、企业组织法等),

^① 梁慧星,民法总论[M],北京:法律出版社,1996:64.

虽然当事人之间不存在行政隶属或者管理关系,同时,当事人双方之间实际上具备独立意志和独立利益,其相互关系并不具有“命令与服从”性质,但公权力对于当事人决策的强行约束十分明显,所以,这些关系从“平等主体之间的关系”范围中被排除,是不需要特别的解释的。故以“平等主体之间的关系”来表达民法的调整对象,应当不会发生重大歧义。

总而言之,正如笔者在《物权法理论评析与思考》一书中所言:“民法上许多概念的定义常常不能像数学公式般地严谨,但并不影响人们对之进行正确理解,或者说,民法上许多定义只须指出事物的本质特征即可,对于定义,常常还需要作另外的解释。”^①鉴于民事生活关系具体范围的广泛性和复杂性,要想在理论上和立法上找到有关民法调整对象的精确表达,既不可能,亦无必要。因此,以“平等主体之间的关系”来表达民法的调整对象范围,完全能够准确地揭示民法调整的社会关系的基本性质。

在这里,真正需要认真讨论的是“平等主体”的具体范围。“平等主体”只是一个抽象表达,而“平等主体”具体范围的辨认却是一个具体问题。如果立法上以“平等主体”作为辨认民法调整的社会关系的标志,则理论上便必须具体说明其具体范围。相反,如果立法者完全能够确定“平等主体”的范围,则为避免发生歧义,便完全可以采用列举的方式指明“平等主体”的具体范围。对此,在有关民法调整对象的立法表述中,梁慧星先生主持撰写的《中国民法典草案建议稿附理由》中有关条文采取的方案即为后者:“本法调整自然人、法人和非法人团体之间的财产关系和人身关系。”^②亦即该建议稿明确将“平等主体”解释为具体包括“自然人、法人及其他组织”。

很显然,自然人之间的财产关系和身份关系具有平等性,法人之间以及法人与自然人之间的财产关系也具有平等性。但非法人团体是否属于民事主体?此一问题存有争议,尚值研究。更为重要的是,平等主体之间的财产关系当然首先包括财产支配关系,而专司调整财产支配关系的物权法,自然必须对平等主体之间的财产支配关系作出具体规定。但在我国于2007年3月颁布的《物权法》中,财产所有关系的主体不仅包括自然人、法人和非法人团体,而且包括“国家”和“集体”。由此,以“自然人、法人、非法人团体”概括“平等主体”的范围,显然出现重大遗漏。而由此引发的问题就是:“国家”和“集体”是否应该包括于“平等主体”范围之内?“国家”和“集体”基于财产支配而与他人之间所发生的社会关系,是否具有平等性质?“国家”和“集体”与自然人、法人和非法人团体在民法上的地位平等吗?

上述问题如不予清晰地回答,“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”及其他类似立法表达,将无法立足。

① 尹田,《物权法理论评析与思考》[M],北京:中国人民大学出版社,2004:26.

② 梁慧星,《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》[M],北京:法律出版社,2004:6-7.

三、“国家”在民法上的地位^①

(一)问题的由来

在我国,国家的民法地位问题是伴随物权立法而产生的。在此之前,似乎从来无人对此进行过认真讨论。

前已提及,我国物权法草案三次审议稿于2005年7月向全民公布之后,有关重大争议被全国人大法工委归纳为十大疑难问题,分别提交全国人大法律委员会于2005年8月组织的专家论证会以及2005年9月26日委员长会议进行讨论。笔者参加了前述两次会议。其中,物权主体问题被列为十大争议问题之首。

物权法草案三次审议稿第1条规定:“为明确物的归属,保护权利人的物权,充分发挥物的效用,维护社会主义市场经济秩序,维护国家基本经济制度,制定本法。”对此一表述立法目的的条文,很多人认为其规定的“权利人”含义不明,须予以明确。对之,有的建议改为“自然人、法人”,有的建议改为“自然人、法人和其他组织”,有的建议改为“民事主体”,有的建议改为“国家、集体和私人”,还有人认为国家作为物权主体,可以包括在“法人”之中。全国人大法工委认为,前述意见都有各自的道理,现行有关法律、行政法规的规定也不一致,考虑到目前对该问题很难达成共识,故建议能否于将来制订民法典总则时再进一步明确,而草案的规定可不再改动。^②这一建议被四次审议稿所采纳。而在正式颁布的《物权法》上,物权主体仍然保留了“权利人”的抽象表达。

物权主体有哪些?这一问题的争论看起来颇具书生气息。就立法技术而言,一部规定具体民事权利的基本法,其任务主要在于确定该种权利的性质、特征、效力以及权利得失变动及其法律救济方式等,大可不必一般规定权利人的资格及其范围,这是因为权利主体资格问题涉及当事人的基本法律地位,应由民法典总则予以统一规定,除例外情形,凡具有权利能力者,均得平等地取得和享有各种民事权利,尤其在财产权,无论物权、债权抑或知识产权,原则上民事主体均得享有。据此,物权法不必一般规定物权主体,债权法不必一般规定债权主体。与此同时,各种物权主体在物权法具体规则中已经显现,再于物权法之立法目的条文中予以归纳列举,仅为重复,殊无价值。

但问题似乎不是如此简单。首先,1999年3月颁布的《合同法》第2条规定:“本法所称合同,是指自然人、法人以及其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。”此条所规定的即为合同主体范围,其重大意义被认为是明确赋予“其他组织”即非法人组织以合同主体亦即债权主体的资格,而在此之前,此种对非法人组织主体资格的一般立法承认是并不存在的。由此自然导出一个疑问:非法人组织可以享有合同权利,但其能够当然也享有物权吗?很显然,如果物权主体与债权主体在范围上并不完全相同的话,物权主体范围的确定就

^① 本节根据笔者发表的文章《物权主体论纲》(载《现代法学》2006年第2期)的部分内容整理而成。

^② 《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国物权法(草案)〉修改情况的汇报》,载《十届全国人大常委会第十八次会议文件》(十二)。

是一个必须由物权法加以明文规定的问题,这一重要问题必须在物权法颁行之时即加以解决,而不能依赖于其颁布日期尚且遥远的民法典总则。

其次,有关物权主体具体范围的两种主要意见中,主张物权主体为“自然人、法人和其他组织”者,其依据的是民事主体一般理论;而主张物权主体为“国家、集体和私人”者,其依据的是物权法本身的具体规定。问题在于,无论从何种角度表达物权主体,该种权利主体的范围应当是确定和一致的,但该两种主张分明难以并合,亦即如将物权主体列举规定为“自然人(私人)、法人、其他组织、国家、集体”,不仅会出现角度上的错位,而且与物权法具体内容所指明的物权主体并不完全吻合。这就表明,物权法所指明的物权主体似乎并非依照民事主体的一般理论而设立,一切矛盾和疑虑,即由此而生。

物权主体范围的确定,其中心问题并不在自然人和法人,而在“国家”“集体”“非法人团体”。依照简单的逻辑推论,如果国家、集体以及非法人团体为物权主体,则其当然为民事主体,而国家、集体以及非法人团体基于财产支配而发生的财产关系,当然应属民法的调整对象范围。但问题会如此简单吗?

(二)既有理论及其矛盾

依据《民法通则》第2条的规定,“平等主体”仅包括自然人与法人,与此相适应,我国过去及现行的民事法律关系理论也认为,民事主体仅只包括自然人和法人两类,^①但有关“特殊场合,国家也可以成为民事法律关系的主体”的声称,在各种教科书中亦为常见。尽管1986年《民法通则》和1999年《合同法》均无视此种理论,在有关平等主体以及合同主体的立法表达中竟然将“国家”遗漏,人们似乎对此重要遗漏视而不见。

事实上,关于民事主体不包括国家在内的观点,对于债权法是基本适合的:在债权关系尤其是合同关系中,除发行国债等行为之外,国家极少以国库的名义直接涉足交易活动。而即使国家直接介入某种交易关系(如政府采购以及国有土地使用权出让),则这些关系究竟属于公法上的关系抑或私法上的关系,一直存有争论。

以国有土地使用权出让关系为例:国有土地使用权出让是一种在国有土地上设立用益物权的行为。对于此种行为的性质,民法学者和行政法学者之间一直存在争议:前者只看见此种合同关系的平等属性,故认其为民事行为;后者只强调此种行为的行政管制属性,故认其为行政行为。但事实上,国有土地使用权出让有可能具有所谓“两面性”,即在政府代表国家与土地使用权受让人之间的合同关系上,双方居于平等地位,适用民法尤其是合同法的基本规则;而在国家通过行政规范对国有土地使用权出让所规定的各种行政管制的关系中,政府作为行政主体,国有土地使用权受让人作为被管理的相对人,其相互之间的关系具有行政属性。但无论如何,在国有土地使用权出让合同中,不可否认土地所有人(国家)与用益物权人(土地使用权受让人)之相互关系上的平等性。

^① 梁慧星,民法总论[M],北京:法律出版社,1996:50;龙卫球,民法总论[M],北京:中国法制出版社,2001:127.