

第一章 导 论

【学习目标】

1. 了解民法的概念。
2. 了解民法的调整对象。
3. 了解民法渊源的具体种类。
4. 了解民法的性质。
5. 了解民法的基本原则。



【引例案例】

甲为某市政府,为改善市容市貌,甲决定对本市的城中村进行集中改造,甲将乙所在的城中村划入征收拆迁的范围,并计划在该城中村的位置建设一个大型商场。乙认为市政府的决策存在问题,因为建设商场并不属于公共利益的范畴,因此拒绝签订有关补偿安置协议,并向人民法院提起民事诉讼,请求人民法院撤销甲的征收决定。法院认为,甲、乙之间的纠纷并不属于平等主体之间的民事纠纷,因此裁定驳回乙的起诉。

【简要评析】

在该案中,双方争议的焦点是甲的征收决定的效力问题,依据《民法典》第2条的规定,“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”。而该案的纠纷并不属于发生在平等主体之间的人身、财产纠纷,应当属于行政纠纷,因此,法院驳回乙的起诉。

第一节 民法概述

一、我国民法的概念

我国《民法典》第2条从民法的调整对象和任务的角度,给民法作出定义,即民法是调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系的法律规范的总和。这一定义科学地揭示了我国民法所调整的社会关系的范围和任务,明确地划定了民法与其他法律部门的界限,解决了长期以来关于民法定义的争议。归纳起来,《民法典》第2条对民法的界定具有以下意义。

1. 确立了我国民法统一调整社会主义市场经济交易关系的基本法地位

依据《民法典》第2条,我国民法统一调整平等主体之间的财产关系,而平等主体之间的财产关系实质上就是指财产归属关系与交易关系。无论何类民事主体,只要以平等的民事主体的身份从事交易,就应当遵循民法的规范,并受民法的调整。

2. 突出了对人的尊重,体现了以人为本的理念

1986年《民法通则》第2条曾将人身关系置于财产关系之后,但《民法典》第2条则将人身关系调整至财产关系之前,这宣示了民法对公民人身权利的保护,强调了公民人身自由和人格尊严不受侵害,并以此作为民事立法的基础。

3. 界定了《民法典》的体系

《民法典》的分则就是由调整人身关系和调整财产关系的具体法律规定构建起来的,《民法典》第2条关于民法调整对象的规定奠定了《民法典》分则体系的基础,与《民法典》分则的体系是保持一致的。具体而言,人身关系主要分为两大类,即人格关系和身份关系。其中,对身份关系的调整表现为婚姻家庭编、继承编,对人格关系的调整则表现为人格权编;对财产关系的调整在分则中独立成编,表现为物权编、合同编。

4. 确立了我国民商合一的立法模式

《民法典》并未根据主体或行为的性质区分普通民事主体和商事主体,并在此基础上规定不同的行为规则。这不仅符合现代民事立法的趋向,也消除了民商分立所产生的法律冲突的弊端。在《民法典》的体系中,商法是作为民法的特别法而存在的,并未与民法相分立而独立存在。

二、形式意义上的民法和实质意义上的民法

(一) 形式意义上的民法

形式意义上的民法就是指《民法典》。法典是按照一定体系将各项法律制度系统编纂在一起的法律规范。《民法典》就是指按照一定的体系结构,将各项基本的民事法律规则与制度加以系统编纂而形成的规范性文件。法典化就是体系化,《民法典》的重要特点首先表现在它是体系化、系统化的产物,满足了形式理性的要求,所以《民法典》属于民事法律中最高形式的成文法。

民法的法典化最早可以追溯至古罗马调整私人财产关系的私法。在罗马的法典编纂方面,最有成效、影响最深远的是东罗马帝国皇帝优士丁尼的《国法大全》,即《优士丁尼法典》《学说汇纂》《法学阶梯》和《新律》。自18世纪法典化运动以来,大陆法系各国大都制定了民法典,比较有代表性的法典是1804年的《法国民法典》,该法典以罗马法为蓝本,巧妙地运用法律形式把刚刚形成的资本主义社会的经济生活直接译成司法法规的语言,从而成为“世界各地编纂一切新法典时当做基础来使用的法典”。

1900年的《德国民法典》是潘德克顿学派成果的结晶,体现了法典逻辑性和科学性

的要求。正是在这个意义上,该法典常常被称为“科学法”。就逻辑体系而言,《德国民法典》构建了完整的近代民法体系。因而,其被认为是代表了19世纪法典化的最高成就。1912年的《瑞士民法典》及其后颁布的1992年《荷兰民法典》等也都各具特色,在大陆法系影响很大。可见,自19世纪法典化运动以来,大陆法系各国基本上都制定了民法典,这也是大陆法系国家法律体系的主要标志。因此,“不管在哪里,民法典都往往被当作整个法律制度的核心”。

我国《民法典》是中华人民共和国成立以来第一部以“典”命名的法律,分为七编,共1260条,10万多字。《民法典》在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位,是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律。在汉语中,所谓“典”,通常有“经典”“典范”“典籍”等含义。这也表明,凡是纳入《民法典》的规则,都具有基础性、典范性的特点。我国《民法典》的特点主要体现在以下几方面。

第一,《民法典》是私法的基本法。我国民事法律制度建设一直秉持“民商合一”的传统,在《民法典》之外,还有大量的单行法,包括商事特别法,这些法律在《民法典》的统率下,构成一个完整的体系。可以说,《民法典》是我国民事法律的集大成者。

第二,《民法典》是市场经济的基本法。《民法典》关于民事活动平等、自愿、公平、诚信等基本原则,关于私法自治和保障人格尊严等基本价值的规定,既是市场经济的基本准则,也是市场主体的基本行为准则。同时,《民法典》所确立的有关物权、合同、担保等法律制度,旨在维护交易安全和秩序,为市场经济的发展奠定了基本的法律框架和制度保障。

第三,《民法典》是社会生活的百科全书。《民法典》与每个人的生活息息相关。一个人从出生到死亡,均受到《民法典》的调整。《民法典》调整民事主体之间的人身关系和财产关系,是社会生活和经济生活中最普通、最常见的社会关系和经济关系,涉及经济社会生活的各方面,同人民群众的生产生活密不可分,同各行各业的发展息息相关。

第四,《民法典》是行政执法和司法的基本遵循。一方面,现代法治的核心理念是“规范公权,保障私权”。确立了完善的私权保障体系,有利于规范行政执法行为。各级政府要以保证《民法典》有效实施为重要抓手推进法治政府建设,把《民法典》作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺。另一方面,《民法典》是基本的民事裁判规则。《民法典》确立了解决民事纠纷的基本规则,明确了法律适用的基本准则,为法官正确处理民事关系、解决民事纠纷提供了基本准则。

(二) 实质意义上的民法

实质意义上的民法,是指所有调整民事关系的法律规范的总称,包括《民法典》和其他民事法律法规。除《民法典》之外,我国还有两百多部单行法律,其中大量的都是民事法律。比较典型的民事法律如《著作权法》《商标法》《专利法》《收养法》等。此外,一些法律虽然形式上是管理性质的法律,但其中也包含了大量的民事法律规范,如《产品质量法》《土地管理法》《城市房地产管理法》等,这些法律也是我国实质意义上民法的组成

部分。

在我国实行民商合一的立法体制下,一些商事特别法如《公司法》《保险法》《票据法》等,同样是我国民法的重要组成部分。除了法律,我国还颁行了大量的行政法规、司法解释,其中不少都是民事法律规范。它们都是实质意义上民法的组成部分。

实质意义上的民法的特点在于:一方面,它们是调整平等主体民事关系的法律规范,而并不注重外在的形式。尽管形式意义上的民法是最高形式的成文法,但毕竟无法涵盖全部的民事法律关系,还必须存在大量的置于其他法律法规中的民法规范。另一方面,实质意义上的民法不限于法律法规,它们还包括了大量的其他规范性文件和司法解释。所以,实质意义上的民法在法源上意义更为宽泛。正是由于该原因,实质意义上的民法也被称为广义的民法。

需要指出,实质意义上的民法与形式意义上的民法并不是对立的,而是相辅相成的。一方面,由于《民法典》是私法的基本法,因此,形式意义上的民法(即《民法典》)可以连接整个实质意义上的民法。也就是说,以《民法典》为纲,我国的民事立法将构成一个完整的、具有逻辑性的、协调一致的体系。

另一方面,仅仅靠形式意义上的民法调整纷繁复杂的民事关系是不够的,还需要借助大量的实质意义上的民法规范调整各种民事关系,但这些规范应当以《民法典》的规范为基础,不得与《民法典》的基本规则和制度相冲突。当然,在这一前提下,如果其他法律对民事关系的调整有特别规定,则原则上应当适用这些特别规定。

思考题

甲酒后驾车,将人行道上的路人乙撞伤致残,被交管部门吊销驾驶执照,并被移送司法机关追究刑事责任,乙有80岁老母丙需要赡养。请问该案涉及几方面的社会关系?其中哪些关系是民法调整的对象?

三、民法与民法学

所谓民法学,是指以研究民事法律规范及其发展规律的学科。民法既可以从立法层面理解,也可以从学科层面理解。从立法层面来看,民法是调整平等主体之间民事法律关系的总和,其既包括《民法典》的规范,也包括民事单行法以及其他立法中的民法规范;而民法学则是研究民法本身的学问。自罗马法以来,民法学就已经构建了具有自身内在逻辑体系的学科,形成了不同的法学流派,而且随着时代的发展,民法学也在不断发展。

例如,就民法学的基本价值理念而言,传统民法以私法自治为基本理念,现代民法虽然也秉持私法自治的价值理念,但也日益强调人文关怀的价值,而且在私法自治与人格尊严、人文关怀价值理念发生冲突时,民法学在价值判断上往往倾向于保护后者。

整体而言,民法和民法学的关系,本质上是立法与法学之间的关系,两者相辅相成,不可分离。一方面,民法是民法学产生的基础和前提,民法学的发展不可能脱离民法而

独立存在。民法学作为研究民法的学问,其首先要以民法规范为研究对象。除规范研究外,即便是对民法学发展规律的研究,也不能完全脱离民法。另一方面,民法学的发展也可以反作用于民法。民法学通过研究民事法律规范的解释与适用,也可以促进民法规范的完善。尤其是民法学对民法发展规律的研究,可以促进民法体系、制度、规则的完善。民法也应当以民法学的发展为基础,从民法学中汲取营养,以民法学的发展为先导,借助民法学理论而发展。

例如,在我国《民法典》的编纂过程中,学者通过对民法发展规律的研究,主张侵权责任编与人格权编应当在《民法典》中独立成编,这也符合现代民法日益注重权利救济、日益强化人文关怀的价值理念。我国《民法典》吸收了这一民法学研究成果,这也更加彰显了我国《民法典》的中国特色、实践特色和时代特色。

民法学虽然要以立法为基础,但又不完全等同于立法,其发展也不是完全由立法决定的,而是有自身的内容体系和研究方法,有自身相对独立的发展规律。在一国领域范围内,法制应当具有统一性,因此,作为立法的民法不论是内在价值体系,还是外在形式体系,都应当具有统一性,要尽量避免立法理念和具体制度、规则之间的冲突。而民法学的发展则没有如此严格的统一性要求,就相关理论问题,学理上可以有不同的解释方案,学说理论的多元性本身也是民法学健康发展的基本前提。同时,民法学虽然也要构建自身的理论体系,但其不可能完全照搬立法,因为民法学本身不是对民法规范的简单注释,而是有自身独特的逻辑体系,将民法学简单等同于注释法学,反而会阻碍民法学的发展。

应当看到,不同国家因其历史传统、经济文化和社会制度的不同,民法学理论体系也不同。在体系构建上,自清末变法以来,我国民法全面借鉴甚至照搬了大陆法系国家特别是德国的民法,许多民法的制度和术语均来自欧陆国家。改革开放以来,随着社会经济的发展和法治建设进程的推进,我国民法学研究获得了长足的发展。一方面,注重使用抽象的技术性概念,追求制度的逻辑性和体系性,初步形成了具有自身特色的总则、物权、合同等理论体系;另一方面,也针对我国现实问题,建构了反映我国国情和服务我国实践的民法学。与此同时,比较法的研究以及对审判实践经验的总结都取得了很大进步。

在此背景下,我们应当努力构建自己的民法学理论体系,回应社会的现实需要。中国特色的民法学理论体系应当随着《民法典》的编纂而不断深化和发展。由于市场经济的发展和改革开放的深化,对民事立法提出了新要求,我国民法学也应该积极回应实践的需要,接受新挑战,解决新问题,不断满足社会主义市场经济建设和运行的法治需求。

第二节 民法的渊源

一、民法的渊源的意义

民法的渊源,也称民法的表现形式,是指民事法律规范借以表现的形式,通俗地讲就是民法的来源、根据。在这种意义上理解的民法渊源主要是指国家机关在其权力范围内制定的各种具有法律效力的规范性文件。因此,学者对民法渊源的阐述有各种不同意义。本书将民法的渊源确定为民法规范的表现形式,就是指民法规范以何种形式表现和存在、有哪些种类。正如法国民法学家雅克·盖斯旦和吉勒·古博在《法国民法总论》一书中指出的:“虽然学者们对法的渊源在理论上的定义有分歧,在事实上,当实践中涉及探究从哪里找到对一个法律问题的解决方法时,所有的学者的认识其实都是一致的,他们都会毫不犹豫地去查阅法律、判例、学说,或者还有习惯法。”

因此,学习民法的渊源理论,有助于从民法的现实存在和外延范围上加深对民法的理解,为人们在应用民法调整民事关系、指导民事行为、解决民事纠纷的过程中寻找民法规范依据提供理论指导。民法规范在哪里?民法渊源理论直接告诉人们,它通常表现或存在于各个国家机关依据其权限范围所制定的各种法律规范性文件之中。形式民法指民法典,实质民法指调整民事关系的法律规范的总和。在大陆法系国家,民法的渊源主要包括制定法、习惯法以及法理等;而在英美法系国家,民法渊源主要是判例法。

二、民法渊源的具体种类

(一) 制定法

依据我国《立法法》的规定,在我国作为制定法的民事法律的规范性文件主要有以下几种:

1. 《宪法》中的民法规范

《宪法》是国家的根本大法,具有最高的法律效力,是民事立法的依据。《宪法》中关于生产资料所有制和财产所有权的规定,关于公民基本权利和义务的规定,既是制定具体民事法律的依据,其本身也是调整民事社会关系的法律规范。在处理具体民事案件时,如果对该项民事关系缺少具体民法规定,则可以依据宪法中的有关规范的精神处理。

2. 民事法律

民事法律是由全国人民代表大会及其常委会制定和颁布的民事立法文件,是我国民法的主要表现形式。依据我国《立法法》第8条的规定,基本民事法律制度只能由全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会制定。基本民事法律主要是《民法典》,它是一个国家调整民事关系的法律规范及其各项制度按照一定的体例,经系统编纂而成的

规范性立法文件。我国《民法典》于2020年5月28日由第十三届全国人民代表大会第三次会议通过,于2021年1月1日生效。单行民事法律是指调整某一方面的民事关系的民事法律。

单行民事法律中调整某一方面的一般民事关系的普通民事法律,如《物权法》《合同法》《婚姻法》《继承法》《收养法》《侵权责任法》等随着《民法典》的编纂完成,这些单行法律的内容被编纂入《民法典》的分则编,随着《民法典》的颁布和实施,这些单行民事法律同时被废止。调整特定的商事关系的单行商事法律,则按照民商合一体制作为民事法律的特别法继续存在,如《公司法》《票据法》《保险法》《海商法》《证券法》《合伙企业法》等单行商事法律。另外,《著作权法》《专利法》《商标法》等知识产权法律,《未成年人保护法》《妇女权益保障法》《老年人权益保障法》《消费者权益保护法》等社会法方面的单行民事法律,以及将来制定的个人信息保护法,数据、网络虚拟财产等新型财产权益保护的法律也将成为民法的渊源。

3. 其他法律中的民法规范

其他法律中的民法规范,是指由全国人民代表大会或者其常务委员会制定的民事基本法或单行法以外的其他法律中的民法规范。依据《民法典》第11条的规定,其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。例如,《野生动物保护法》中关于野生动物资源属于国家所有的规定;因保护国家和地方重点保护野生动物,造成农作物或者其他损失的,由当地政府给予补偿的规定等都属于民事法律规范。

4. 行政法规

国务院根据宪法和法律,制定行政法规。国务院制定的行政法规其内容是调整平等主体间的人身关系和财产关系的,就是民事性行政法规,是民法的渊源之一。这包括三种情况:一是对基本民事法律制度尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规;二是为了执行法律而制定的行政法规,如为了执行有关民事法律制定的实施细则或条例;三是为了履行国务院的行政管理职权事项而制定的行政法规,如《道路交通事故处理办法》《医疗事故处理条例》《物业管理条例》等。

要注意的是,规章不同于行政法规,它不具有全社会一体遵循的效力,而是仅在本部门或本地方辖区内的各自权限范围内具有效力,而且不得与法律、行政法规相抵触,地方性规章不得与地方性法规相抵触。人民法院处理民事案件时可以参照适用规章处理受规章约束的当事人之间的民事关系,而且它仅对受规章约束的当事人有参照适用的作用。

(二)对民法规范的解释性文件

在我国,法律、行政法规对其制定的有关规范性文件中的民事法律规范在其权限内所作的解释,虽然并非民法规范,但对执行有关民法规范具有法律上的约束力,因此,可

以视为我国民法的渊源之一。最高人民法院在民事审判实践中所作的司法解释,对各级人民法院处理民事案件具有法律上拘束力,也可视为民法的渊源之一。

(三) 习惯

从理论上讲,经国家认可的习惯,具有民法渊源的意义。外国民法中常规定,无法律规定时,依习惯。我国《民法典》第10条首次明确了习惯在我国民法渊源地位。该条明确规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”由此可见,习惯在我国是法律的补充渊源,适用习惯的前提是,习惯不与公序良俗相违背。

(四) 判例

判例即法院的判决先例。判例在英美法系国家是法律的主要渊源,而在大陆法系国家,传统上以制定法为法律的主要渊源,不承认判例法的地位。近年来,关于判例能否成为我国民法的渊源存在截然不同的观点:一种观点认为,在我国建立判例制度不仅使我国历史上重视判例的做法得以保持和发展,而且也完全符合当今世界各国法律发展的趋势。但也有观点认为,我国不应实行判例法制度。

“判例法是法官在职业实践中,依经验和才智,而不是依逻辑创制和培育而成;判例法的适用和演进,也是法官依经验和才智在很大的自由裁量空间进行。所以,判例法反映了立法的经验色彩,具有实践专家(法官)立法的优势”。我国立法权由立法机关统一行使,司法机关并无立法权,我国法官队伍的素质也不具备判例法制度的要求。因此,我国《民法典》第10条表明我国不采纳判例为民法的渊源,判例在我国并无法律拘束力。至于在司法实践中发挥判例对司法实践的指导作用则是另一回事。

最高人民法院以判例形式作出司法解释,将该判例发布的,应属司法解释的一种形式。最高人民法院发布的指导性案例对各级人民法院的法官适用法律仅仅具有参照适用的指导作用,并不能作为法律渊源加以引用。

延伸阅读

2010年11月26日,最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》,从而建立了案例指导制度。该制度对于保障裁判的统一、规范法官的自由裁量权、保障法律的准确适用等都具有十分重要的意义。依据《关于案例指导工作的规定》第7条的规定,指导性案例的效力是“各级人民法院在审判类似案件时应当参照”。

(五) 法理

法理,是指法律的原理或一致接受的学说,也称关于法律的自然道理。作为民法渊源的法理,就是依据民法的立法精神经法学家阐发而成的处理民事关系的原理。它往往存在于民法教科书、学术著作、外国立法例和判例等。法理作为民法渊源在罗马法上早

已有之。作为罗马法重要组成部分的《学说汇纂》，就是罗马法学家的著述。

《瑞士民法典》第1条规定，民法典没有相应规定时，以经实践确定的惯例（习惯法）为补充，如无习惯时，则法官可依实践确定的学理自己作为立法人提出规则，适用于裁判的案件。《意大利民法典》第3条也规定：“法律未规定者，应类推其他规定以为适用，其他规定亦无者，应适用由法律精神所得之原则。”我国《民法典》第10条并未将法理作为民法的渊源。

第三节 民法的性质

一、民法是私法

公法和私法最初由罗马法学家乌尔比安提出，并被《学说汇纂》所采纳。关于公法和私法的分类标准极不统一，主要形成了三种不同的划分标准：

第一，利益说，即根据法律保护的利益涉及的是公共利益还是私人利益区分公法和私法。此种标准最初为乌尔比安所倡导。

第二，隶属说，也称为“意思说”，此种观点为德国学者拉邦德倡导，他认为应根据调整对象是隶属关系还是平等关系来区分公法和私法。公法的根本特征在于调整隶属关系，私法的根本特征在于调整平等关系。

第三，主体说，该说由德国学者耶律内克所倡导。此种观点认为，应当以参与法律关系的各个主体为标准来区分公法和私法，如果这些主体中有一个是公权主体，即法律关系中有一方是国家或国家授予公权的组织，则构成公法关系。该学说为现代公法、私法划分的通说。

20世纪以来，由于国家干预经济的加强，传统的私法中渗进了公法的因素，出现了私法公法化的现象，公法中的义务介入私法领域，对民事权利构成了一定的限制。据此，很多学者认为，公法和私法发生了部分的融合，不当再区分所谓的公法和私法，并认为民法即私法的观点已难成立。

上述各种分类标准都是相对合理的，不可能存在一种绝对正确的划分标准。应当将社会关系的性质和主体的性质结合起来，作为区分公法和私法的标准。从原则上说，凡是平等主体之间的财产关系和人身关系都属于私法关系，而具有等级和隶属性质的关系属于公法关系；私法关系的参与主体都是平等主体，国家介入也是作为特殊的民事主体来参与的，而公法关系中必然有一方是公权主体，其参与社会关系也仍然要行使公权力。

在我国，区分公法和私法的意义是重大的。长期以来，我国一直否认公法、私法的划分，认为在社会主义公有制下，国家广泛参与社会生活，经济关系和人身关系都有国家干预的色彩，所以社会主义国家的法律都具有公法性质，而不存在私法。这种观点显然是计划经济的反映，导致在实践中过分强调国家利益和国家干预，漠视了私人利益和私人

自主调整法律关系的意愿。此种否认公法、私法分类的观点显然不符合我国社会主义市场经济的实践,也不利于社会主义民主政治的完善。区分公法、私法的意义主要体现在以下方面。

(1)由于民法是私法,因此要贯彻私法自治原则,赋予民事主体广泛的行为自由,并使当事人之间的合法约定能够具有优先于任意法适用的效力。按照私法自治原则,民事主体有权在法定的范围内根据自己的意志从事民事活动,通过法律行为构建其法律关系。在市场经济条件下“尽可能地赋予当事人行为自由是市场经济和意思自治的共同要求”。

民事关系特别是合同关系越发达、越普遍,则意味着交易越活跃,市场经济越具有活力,社会财富才能在不断增长的交易中得到增长。私法不仅给每个人提供了必要的发展其人格的可能性,而且由私法赋予的决策自由往往对主体而言更为有利。在纠纷发生后,如果涉及私法关系,产生的就是私法上的后果,即当事人个人之间的责任;如果涉及公法关系,则产生个人对国家如何负责的问题。

(2)在公法领域中,公共权力必须法定,“法无授权不可为”,没有国家法律的明确授权,公权力机关就不得任意行为。而在私法领域,奉行私法自治的理念,“法无禁止即可为”,其赋予了当事人广泛的自由。这两项原则也符合“规范公权,保障私权”的法治理念。

(3)有助于正确认定法律责任的性质。出现社会纠纷以后,如果涉及私法关系,产生的就是私法上的后果,即当事人之间的责任;如果涉及公法关系,则产生个人对国家如何负责的问题。私法规范的是民事法律关系,而公法主要规范行政法律关系。私法强调对公民、法人的合法民事权利的保护,充分尊重民事主体在法定的范围内所享有的行为自由,尊重民事主体依法对自己的民事权利和利益所作出的处分,而公法则更注重对民事关系的干预和对社会经济生活的管理。

(4)有助于明确民法规范的基本属性。明确民法为私法,就是要在民法中尤其是在合同法中尽量减少强行性规范,努力扩大任意性规范的数量。在民法中,原则上当事人有约定时依约定,无约定时则依法律规定,当事人的约定要优先于法律的规定而适用。我国民事立法中要尽量减少有关国家行政机关的管理规则,减少对当事人从事合法的民事行为所施加的限制。有关对民事关系进行限制和干预的规则应由公法而不是由民法予以规定。

最后还需要指出的是,民法只是私法最主要的部分,不完全等同于私法,或者说,民法是私法的核心部分。除民法之外,民事诉讼法、国际私法等,也应当属于私法的组成部分。

二、民法是市场经济的基本法

从民法的内容来看,民法调整的财产关系主要是财产归属关系和财产流通关系。在

市场经济条件下,财产归属关系是财产交易的前提,而交易的最终目的也是财产的归属转换。即商品不能自己到市场去,不能自己去交换。因此,我们必须找寻它的监护人,商品占有者……商品监护人必须作为有自己的意志体现在这些物中的人彼此发生关系,因此,一方只有符合另一方的意志,就是说每一方只有通过双方共同一致的意志行为,才能让渡自己的商品,占有别人的商品。可见,他们必须彼此承认对方是私有者。”这就表明,商品关系的形成必须具备三个条件:一是必须要有独立的商品“监护人”(所有者);二是商品交换者必须对商品享有所有权;三是商品交换者必须意思表示一致。

这就是在交换过程中形成的商品关系的内在要求,与此相适应,形成了以调整财产所有和财产交换为目的,由民事主体、物权、债和合同等制度组成的具有内在联系的民法体系。民法就是按照市场经济的内在要求来构建的,符合市场经济的基本运行规律。

第四节 民法的基本原则

一、民事主体合法权益受法律保护的原则

我国《民法典》第3条规定:“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护,任何组织或者个人不得侵犯。”这是《民法典》对民事主体合法权益受法律保护原则的确认。保护民事主体的合法权益是民事立法的首要目的,确立民事主体合法权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯也是民法的首要的基本原则。表明民事主体的合法民事权利及其他合法利益受法律保护是民法的最基本的精神,是整个民法体系的核心,是民事立法的出发点和落脚点,统领整个《民法典》体系和商事法及其他民事特别法,充分彰显了民法的权利法本位和私法性质。

民事主体的合法民事权利,包括了民事主体的人身权利、财产权利,《民法典》总则编第五章全面规定了民事主体的各项民事权利和利益,第八章规定了民事责任。在分则各编则分别规定了各类民事权利,设有物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编,最后规定了侵权责任编作为对民事权利和利益的保障和救济。《民法典》把民事主体合法民事权利和利益受法律保护不得侵犯的原则贯彻始终,成为民事权利的宣言书和基本保障法。

二、平等原则

平等原则,也称民事主体地位平等原则,其含义是指民事主体在民事活动中具有独立的人格,平等地享有主体资格,平等地参与民事活动,平等地受法律约束和保护。

民事主体在民事活动中具有独立的人格是指民事主体相互之间各自独立、互不隶属,都是各自权利的享有者和义务的承担者。即使在公法关系中具有隶属关系的当事

人,在民事关系中也不受隶属因素的影响而各自独立。任何民事主体都为其自身独立而存在。主体的人格独立是平等的前提和基础,是平等原则的首要含义。

各自独立的民事主体都具有平等的人格或者权利能力,依法平等地享有权利和承担义务,在法律上其参与民事活动的机会是均等的。无论是自然人还是法人,自然人无论其身份、民族、性别、文化程度、宗教信仰、财产状况、职务职称等因素差别,法人无论是机关法人、企业法人,也不论是上级单位、下级单位以及经济实力强弱,都是各自独立的民事主体,其主体地位一律平等,完全以其独立自由的意志参与民事法律关系,通过自愿协商建立、变更、终止相互之间的民事关系,任何一方不得将其意志强加于对方。

民事主体平等地受法律约束,平等地遵守民事法律规范,平等地受法律保护。任何民事主体的民事权利受他人侵犯的,可依据民法获得救济;任何侵犯他人民事权利的行为或违反民事义务的行为都同样地受法律责任追究。

平等原则的实质在于强调主体资格和法律地位的平等,强调主体从事民事活动的机会平等,排斥民事活动和民事关系中任何一方当事人对他方当事人的特权地位。平等原则并不意味着民事主体权利的实际享有没有差别。这种差别一方面来自法律规定上的限制,即基于合理的原因,法律对不同民事主体能够享有民事权利的范围作出限制。

例如,虽然自然人与法人的民事主体地位平等,但基于自然人与法人的性质不同,自然人专属享有的婚姻、亲属、继承、扶养等方面的民事权利就不能为法人享有;又如,同为自然人,但因其生理状态不同而在取得婚姻权的条件上有不同规定。

另一方面,权利实际享有上的差别来自当事人事实能力上的差别。例如,人人依其权利能力都可以取得房屋所有权,而个别当事人因其无力购买房屋而没有实际取得具体的房屋所有权,但并不因此认为其法律地位不平等。

在近代民法中,个人被作为抽象掉各种实质差别因素的完全平等的民事主体对待,从而确立了主体地位平等这一民法的根本原则,但各个人自身的实质差别因素是客观存在的,其个体自身因素差别的过分悬殊会导致民事主体地位实质上的不平等。

在近代民法向现代民法的发展过程中,一方面,为了实现对弱势群体的特殊保护,形成了劳动法、社会保障法等新的法律部门;另一方面,现代民法也对民事主体在特殊情况下的弱势一方规定一些特殊的权利,以确保主体地位的真正平等。例如,在租赁关系中,为保护处于弱势地位的承租人,规定“买卖不破租赁”;为了保护消费者,对格式合同作出限制。这些都是为了贯彻当事人主体地位平等原则而作出的规定。

平等原则是民法调整的民事社会关系特别是商品经济和市场经济关系根本要求的反映,是民法最基础、最根本的原则,它是贯彻民法其他各项基本原则的前提和基础。如果当事人民事主体地位不平等,就不可能自愿地进行民事活动,公平、诚信等原则就无从谈起。因此,平等原则是民法最为重要的原则。它贯穿于民法的始终,民法以确立主体地位平等为首要的民事调整方法,在民法的各个领域都以当事人地位平等为原则。我国《民法典》第4条规定了“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”这一原则。

三、自愿原则

自愿原则,即传统民法中的意思自治原则,是指民事主体依法以其意志自由进行民事活动的基本准则。我国《民法典》第5条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循自愿原则,按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。”自愿原则的实质就是民事法律尊重和保障民事主体对其民事生活的自主设计、自主参与、自由选择。

自愿原则贯彻民法的始终,它以平等原则的存在为基础,又是平等原则的实现和体现,它同平等原则一样都是民法调整的民事社会生活对民法调整的根本要求。它体现于物权领域,虽然物权法贯彻物权法定原则,但物权人对其物的直接支配是以其自由意志进行的,对物的处分及物权变动的发生都是以物权人自愿为原则的。

自愿原则在合同法领域则体现为合同自由。合同自由的内容包括:(1)是否缔约的自由;(2)选择缔约相对人的自由;(3)选择合同内容的自由;(4)依法变更或者解除合同的自由;(5)选择合同形式的自由;(6)自由协商和解或者通过调解自愿达成调解协议解决合同纠纷或者协商决定是否通过仲裁方式解决纠纷。

自愿原则体现于婚姻关系则表现为婚姻自由原则。体现于财产继承关系,表现为财产所有人有权决定在其死后以法定继承还是以遗嘱继承、遗赠或遗赠扶养协议方式处分其财产所有权;继承人有权自由决定是否接受继承放弃继承权;受遗赠人有权自由决定是否接受遗赠或放弃遗赠。可见,自愿原则是贯彻民事活动全部领域的民法基本原则。

虽然自愿原则的实质在于尊重和保障当事人的意志自由,反对国家公权力对民事活动领域的擅自干涉,反对一方当事人对另一方当事人的强制胁迫和欺诈;但是,当事人的意志自由都不是绝对的、无限制的自由。国家对民事社会关系调整过程中,为了维护国家利益、社会公共利益和整体的民事社会秩序对当事人的意思自由是有所限制的。例如,物权领域当事人对物权的行使及物权变动要受物权法定原则的限制、受相邻关系的限制;合同法领域对涉及公用事业领域的有些合同关系有强制缔约的限制;在知识产权领域对专利权有强制实施的限制等。

四、公平原则

公平原则,是指民法以社会公平观念平衡当事人之间的利害关系,规范其权利义务及责任的基本准则。依公平原则,民事主体在与其他人有相对利益关系的民事活动中,应当按照对双方公平、平衡的观念行事,而不得显失公平。依公平原则,民事立法规定因欺诈、胁迫、乘人之危导致民事行为结果显失公平的,对方当事人有权请求撤销该民事行为,即使非因对方的上述恶意行为引起,而是由于利益受损方当事人的重大误解引起的,利益受损一方当事人也有权请求撤销该民事行为。

依公平原则,民事责任归责应当公平,一般侵权损害应以当事人主观上有过错为原

则,但对于某些特殊的损害如果按照过错归责会对受害人造成明显不公平的结果,因此应实行无过错归责原则。如果对损害的发生双方均无过错,也不属于民法规定的适用无过错归责的情况的,则应当由双方当事人合理分担损失。对于违约责任的承担,双方当事人可以约定违约金的比例或损失的计算方法,当事人有约定的应当从其约定,如果依照当事人约定的计算方法计算的违约金或损害赔偿金明显高于或低于当事人所受损失的,对其不利的一方当事人可以申请人民法院适当降低或增加。依公平原则,人民法院或仲裁机构处理民事纠纷,应以公平观念为指导,对合同条款内容的解释应当符合公平正义的要求。

例如,《德国民法典》第315条规定:“由契约当事人一方确定给付者,在有疑义时,应依公平的方法确定之。依公平的方法确定给付者,其确定只于适合公平时始得对他方当事人发生拘束力。”第317条规定:“给付由第三人确定的,在有疑义时,第三人应依公平方法确定之。”第319条规定:“给付由第三人依公平方法确定的,如其确定显系不公平时,对于契约当事人不发生效力。”

公平原则的实质在于以公平正义的道德观念平衡当事人之间的利益关系。我国《民法典》第6条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务。”第496条第2款规定:“采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务,致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的,对方可以主张该条款不成为合同的内容。”公平原则在合同关系中体现最为明显,但公平原则作为民法的基本原则,不局限于合同法领域,在物权法、侵权行为法、继承法等领域也有体现。

例如,《民法典》第288条规定:“不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则,正确处理相邻关系。”第1186条规定:“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,依照法律的规定由双方分担损失。”第1130条第1款规定:“同一顺序继承人继承遗产的份额,一般应当均等。”第1130条第3款至第5款规定:“对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人,分配遗产时,可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人,不尽扶养义务的,分配遗产时应当不分或者少分。继承人协商同意的,也可以不均等。”

五、诚信原则

诚信原则即诚实信用原则,是指民法适用以诚实信用为内容的市场伦理道德准则规范民事主体行为,调整当事人利益冲突,平衡当事人相互之间及其与社会利益关系的基本准则。其含义是指民事主体在民事社会生活中应以“互惠、善意、诚实信用”的道德准

则行事。所谓互惠,是指民事主体在民事活动中追求自己利益的同时也要兼顾他人利益和社会利益,以对已对人都有利的方式行事。所谓善意,即要与人为善,不损人利己。

例如,《法国民法典》第1134条规定:“契约应善意履行之。”所谓诚实,即指民事主体在民事交往中要以诚相待,不得欺诈。所谓信用,是指民事主体在民事活动中要讲究信誉,信守诺言,自觉履行义务,不得失信于人。《日本民法典》第1条规定:“行使权利及履行义务,应恪守信义,诚实进行。”《瑞士民法典》第2条规定:“任何人都必须以诚实信用的方式行使其权利和履行其义务。”

诚实信用原则的功能首先在于指引当事人树立诚实信用的道德观念,同时确立具体规则以规范当事人的具体行为,使之符合诚实信用的要求,以平衡当事人之间的利益及其与社会利益的矛盾冲突。

另外,诚实信用原则也为人民法院和仲裁机构在司法实践中具体解释法律,适用法律于具体民事案件或者创造性地运用自由裁量权以弥补法律漏洞,解决民事纠纷提供了指导性准则。由于内容丰富,适用位阶极高,因此诚实信用原则被誉为民法的“帝王”条款。

我国《民法典》第7条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺。”这一原则主要体现于合同法领域,我国《民法典》第509条第2款规定:“当事人应当遵循诚信原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”

《民法典》第466条第2款规定:“合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的,对各文本使用词语推定具有相同含义。各文本使用词句不一致的,应当依据合同的相关条款、性质、目的以及诚信原则等予以解释。”

《民法典》合同编关于合同依法成立具有法律效力,任何一方都必须全面严格履行合同义务,不得违反合同,不得擅自变更或解除合同的规定,关于缔约过失责任的规定,关于违约责任的规定,关于欺诈胁迫、乘人之危、恶意串通等民事行为无效或可撤销的规定,关于标的物瑕疵告知义务的规定等无不体现着诚信原则。但诚信原则作为民法的基本原则,其含义绝不限于上述法条之具体规定,也不限于合同领域,而是具有高度抽象性和不确定性。“诚信原则,系以同一时空下人类社会中多数众人,超乎条文规范之秩序,所共同认同,期相遵循之社会生活规范。”

在大陆法系民法采成文法典形式的体制下,成文法典对丰富的和发展着的民事生活实践的规定难免留有漏洞,因此,在司法实践中法官则以诚实信用原则为处理依据,以多数人所认同的社会生活规范处理具体民事案件,弥补法律的漏洞。

其中,权利不得滥用即是权利人行使权利违背诚实信用原则的体现。它是指民事主体必须正确行使民事权利,不得损害国家、集体和社会利益及第三人利益。

六、守法原则

《民法典》第8条“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗”就是

对守法原则的规定,这一原则是指民法确认的民事主体的民事活动应当遵守法律和行政法规的基本准则。依据这一基本原则,民法和有关法律、行政法规要对当事人的民事活动作出规范,为民事活动提供法律行为模式,使当事人的民事活动有法可依、有法可守。民法和其他有关民事关系的法律和行政法规,着重于对私人的或者平等主体的民事社会关系的法律调整,在规范属性上多为任意性规范,当事人可以依其意思适用任意性规范,也可以排除任意性规范的适用。凡是当事人以明确意思排除任意性规范适用的,任何一方当事人不得强制适用任意性规范,法院在处理民事案件中也不得对当事人强制性适用任意性规范。

只有在当事人对有关民事行为内容的具体事项没有约定或约定不明的情况下,才可以适用任意性规范的法律规定的的内容予以解释或补充。但法律和行政法规对民事社会关系的调整也规定有强行性的规范,即民事主体在民事活动中必须遵守,不得违反的规范。民事主体一旦违反强行性规范,就不能实现其所预期的民事行为目的,而且还可能遭受对其不利的法律责任后果。因此,民法基本原则的所谓守法原则应是指民事立法应对民事活动提供法律调整,当事人的民事活动可以以其意思自治遵守任意性法律和行政法规规范,但对强行性的法律和行政法规范必须遵守。不仅要遵守民法中的强行性规定,而且要遵守其他法律和行政法规中的强行性规定。

七、公序良俗原则

公序良俗原则指民法确认的民事活动应当遵守公共秩序和善良风俗原则。公序即公共秩序,是指政治的、经济的和社会生活的一般秩序。如国家安全、社会稳定、经济上的弱者之保护、环境保护等。良俗即善良风俗,是指为社会众人所尊崇的、为维护社会存在所必需的一般的伦理道德。它与诚实信用不同之处在于诚实信用原则是以互惠为基础的市场经济道德范围的原则,而善良风俗概念则限定在非交易道德范围内。公序良俗原则为各国民法普遍规定。

《法国民法典》第6条规定:“个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”《德国民法典》第138条规定:“违反善良风俗的行为,无效。”《日本民法典》第90条规定:“以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为为无效。”我国台湾地区“民法”第72条规定:“法律行为,有悖于公共秩序或善良风俗者,无效。”我国《民法典》第8条规定:“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗。”该条文明确对公序良俗原则作出了规定。

公序良俗原则作为民法的基本原则具有高度的抽象性。其作用在于维护公共秩序和公共道德,其功能在于当发生有损于国家利益、破坏公共秩序或违背公共道德秩序的民事行为时,在无直接的法律强制性和禁止性规定的情况下,授权法官以社会公共秩序和公共道德准则判决该民事行为无效。我国《民法典》第10条规定:“处理民事纠纷,应

当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”

在司法实践中,法官直接援用公序良俗原则判决某个民事行为无效,必须以法律确认的公共秩序和社会公众普遍尊崇的社会公共道德为依据,而不得随意援用。例如,某甲向某乙购买刀具本为正当的民事买卖行为,但若某甲购买刀具的目的是杀死某丙,某乙知而仍予出售,则其民事行为违背公序良俗原则。

思考题

原告甲男与被告乙女同居,甲男将其所有的一套单元楼房赠与乙女,并办理了房屋过户手续。后来甲男和乙女又达成协议约定:一旦乙女与其他男人结婚,甲男有权收回该房屋,乙女应无条件返还。后来乙女与丙男结婚,甲男则依据协议将乙女起诉法院要求返还房屋。请运用有关民法基本原则对该案予以分析。

八、绿色原则

《民法典》第9条规定:“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。”这条原则是《民法典》适应中国特色社会主义发展要求,对中央提出的加强生态文明建设、实现可持续发展的理念在民事立法中的回应,是《民法典》对民法基本原则的创新规定,具有重大的意义。

绿色原则的基本含义就是要求民事主体,在从事民事活动中要有保护环境和生态的法律意识,从有利于节约资源、保护生态环境的角度安排民事生活,不得滥用权利,浪费资源,破坏生态环境。这就为民事主体从事民事活动提供了基本的义务遵循,要求民事主体以生态人的理性与自然和谐共生,承担起保护生态环境的责任,体现了现代环境价值观。

《民法典》将绿色原则贯彻于民事活动的各个方面,从总则到分则各编做了体系化的条款规定。例如,在物权领域,物权人行使物权,特别是土地、水流矿产等资源型物权时,应当节约资源保护生态环境。《民法典》第326条规定:“用益物权人行使权利,应当遵守法律有关保护和合理开发利用资源、保护生态环境的规定。”据此,土地承包经营权人应当对土地精耕细作,不得荒芜承包地;探矿权人采矿权人进行探矿、采矿活动应当遵循地质矿体规律,不得乱采乱挖造成矿山和生态破坏;林木所有权人应当积极植树营林,不得滥伐林木,造成生态破坏。

《民法典》第346条规定:“设立建设用地使用权,应当符合节约资源、保护生态环境的要求,遵守法律、行政法规关于土地用途的规定,不得损害已经设立的用益物权。”《民法典》第286条第2款规定:“业主大会或者业主委员会,对任意处置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为,有权依照法律、法规以及管理规约,请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失。”

《民法典》第290条、第293条、第294条等条款规定了相邻权人也要按照绿色原则处理好环境相邻关系的规则,从而把绿色原则贯彻于日常民事生活。在合同领域对资源合作开发、资源产品供应购销、新技术的开发利用等都要贯彻绿色原则。例如,《民法典》第509条第3款规定:“当事人在履行合同过程中,应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。”在《民法典》人格权编规定,自然人享有健康权,包括自然人享有环境利益,任何组织、个人不得污染环境和破坏生态,损害自然人的健康。

在知识产权领域,要鼓励开发和推广有利于节约资源、保护生态环境的新能源新技术、新产品、新工艺,淘汰落后的产能工艺、产品,避免落后产能工艺浪费资源或者因技术开发或者产品制造对生态环境的破坏。

在婚姻家庭生活中也要倡导节约资源、保护生态,例如,居民在家庭生活中不得以自己付得起水电费,就不节约使用水电。在继承法领域处理遗产分配事宜,也要考虑有利于节约资源。在侵权责任领域要贯彻绿色原则,严肃处理环境污染侵权行为。

《民法典》侵权责任编第七章专章规定了“环境污染和生态破坏责任”,明确规定了环境民事权益的保护范围,规定了对污染环境和破坏生态的惩罚性赔偿、规定了责任人治理修复环境和生态的责任、规定了责任人承担的多项费用和损失赔偿范围,体现了对污染环境和破坏生态的行为严格追责的导向,对于环境和生态领域的国家治理能力和治理体系现代化建设具有重要的意义。

第五节 民法与邻近法律部门

一、民法在法律体系中的地位

法律体系通常是指一个国家全部现行法律规范分门别类组合为不同的法律部门而又有机联系的统一整体。法律体系就是部门法有机联系的整体系统。部门法,又称法律部门,就是调整某一特定方面的社会关系和具有相同调整方法的法律规范体系门类。由宪法及宪法相关法、民法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等法律部门组成了我国的法律体系。法律体系的规范性文件体系是以宪法统率,法律为主干,包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等规范性文件的体系。

依据我国《立法法》第8条的规定,民事基本制度只能制定法律。因此,民法是整个法律体系中的主干法律。宪法是国家的根本大法,是整个法律体系的统帅。民法是仅次于宪法的基本大法。基本法是由全国人民代表大会制定和修改的规定和调整国家和社会生活中某一方面带有基本性和全面性的社会关系的法律。民法调整的平等主体的自然人、法人、非法人组织之间的人身关系和财产关系是最基本的社会关系,涉及最基本的民事生活关系和国家基本经济制度、市场经济关系。

《民法典》是新中国第一部以法典命名的基本法律,是新中国法治建设的重大成果。

它系统整合了新中国 70 多年来长期实践形成的民事法律规范,汲取了中华民族五千多年优秀法律文化,借鉴了人类法治文明建设有益成果;是一部体现我国社会主义性质、符合人民利益,顺应时代发展要求的民法典;是一部体现对生命健康、财产安全、交易便利、生活幸福、人格尊严等各方面权利平等保护的民法典;是一部具有鲜明中国特色、实践特色、时代特色的民法典;是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律。对推进全面依法治国、加快建设社会主义法治国家,对发展社会主义市场经济、巩固社会主义基本经济制度,对坚持以人民为中心的发展思想、依法维护人民权益、推动我国人权事业发展,对推进国家治理体系和治理能力现代化,都具有重大的意义。

《民法典》是人民权利的宣言书,是公民生活的百科全书,在中国特色社会主义法律体系中具有重要的地位。

二、民法与相关法律部门的区别

民法与刑法、行政法、诉讼法等传统的公法部门的区别主要体现在公法与私法的区别上。民法与商法的区别只是在民商分立的国家存在,在民商合一的立法体制下,民法包括商法,商法只是民法之特别部分。本节论述的民法与相关法律部门的区别,主要是指在民法的演进发展过程中产生的新的法律部门,如劳动法、经济法、社会保障法等法律部门与民法的区别。

(一) 民法与经济法的区别

在西方国家,经济法的产生与民法的发展有密切关系。民法作为私法,自近代以来贯彻私法自治原则,在资本主义自由竞争阶段,国家对民事关系很少干预。随着资本主义发展到垄断阶段,国家不断加强对经济生活的干预,民法中限制合同自由和私法自治的条款逐渐增多,但这种干预仍然作为私法自治原则的例外,以不动摇私法自治的基础为原则。因此,这种干预性条款仍未超出民法的范畴。只能看作民法由近代民法向现代民法发展过程中出现的现象。

随着垄断的发展,经济危机的周期性爆发,国际经济竞争的加剧,爆发了两次世界大战,各参战国家为了战争的需要,加强了对经济生活的干预,制定了许多干预私人经济的法规,这些法规当时被称为战争经济法。第二次世界大战结束后,资本主义国家废除了以战争为目的的经济统治法,但同时又制定了一系列国家干预经济的法律,对经济生活进一步实行干预。由此制定的法律就是经济法。而其中最为突出的经济问题就是资本主义由自由竞争发展到垄断阶段,垄断严重阻碍了经济的发展,因而反垄断法在西方经济法中处于核心地位。

经济法理论认为,经济法是组织国民经济管理和企业进行经济活动的法律手段。经济法调整纵横统一经济的关系,因此,在计划经济体制下,民法对经济关系的调整作用受到极大的限制。随着社会主义国家经济体制改革,市场经济体制得以确立,民法

调整市场经济关系的基础性地位得以确立,民法调整平等主体之间的财产关系和人身关系,经济法则被认为是国家对市场经济关系干预的法律手段,是调整国家干预经济关系的法律部门。

从对商品经济、市场经济关系的法律调整而言,无论是在资本主义国家还是在社会主义国家,民法和经济法都是密切联系的,都是调整市场经济关系的法律部门(另外,民法还调整人身关系,包括婚姻家庭关系),但二者在此联系点之外又存在明显的区别。

1. 调整对象不同

虽然民法和经济法都调整一定社会的市场经济关系,但二者分别调整市场经济关系的不同部分。民法调整平等主体之间的经济关系,即私人的经济关系,是市场经济主体间的内在关系,是平等主体相互之间的利益利害关系;而经济法调整的是市场经济关系中,主体之内在关系对社会公共经济秩序的影响关系,如作为平等的私人主体的两个企业之间的垄断性联合关系对公平竞争的公共经济秩序的影响关系,私人企业经济活动与国家产业政策、区域经济政策、可持续发展政策之间的影响关系等。国家正是通过对私人经济活动(本来由民法调整)的干预,使之符合公平竞争的市场秩序,符合国家产业政策,符合区域经济协调发展,符合国民经济可持续发展的目标要求。

可见,国家干预的经济关系即经济法调整的经济关系仍然是市场经济关系,是与民法所调整的私人之间的经济关系紧密相关的经济关系,而不是离开民法所调整的私人经济关系所产生的新的经济关系。由于国家干预经济关系的价值目标不再着眼于经济个体之间利益的实现,而是为了社会公共的、整体的经济利益,所以说,经济法是干预经济关系的法律。国家干预经济关系,也就是国家运用经济法调整经济关系。

如果说,经济法的调整对象是国家干预经济关系或者宏观调控关系,这就等于将经济法自身说成经济法的调整对象,无异于同义重复或者循环定义。说经济法是干预经济关系的法并没有错误,但如果将其作为定义却无法揭示经济法的本质特征。经济法的本质特征在于它的价值取向,即它为什么要干预经济关系,民法调整市场经济关系,经济法对市场经济关系进行干预(调整),同一社会的市场经济关系是同一的,单纯地从调整对象划分往往分不清,于是就出现了许多关于经济法调整对象的含糊不清的观点。

例如,认为经济法的调整对象是“需要由国家干预的具有全局性和公共性的经济关系”“因国家经济调节而引起的一种国家经济管理关系”“国民经济运行过程中形成的经济关系”等。但通过法律价值分析,就能较为清楚地划分经济法调整的市场经济关系与民法调整的经济关系。经济法干预市场经济关系的价值取向就是为了社会公共利益而实现社会经济和市场经济整体秩序的平衡、协调、稳定和可持续发展,它主要是解决市场调节失灵的问题。因此,经济法的调整对象就是国家干预的对象(经济关系),应当是市场经济主体(个体)间的经济关系(由民法调整的)与市场经济整体秩序之间的协调性经济关系。

例如,市场经济主体个体间的垄断与整体的公平竞争秩序的不协调,主体间经济活

动在某个产业的发展过热与产业整体发展的不协调,主体间经济活动在某个地区或区域的过快发展与国家整体区域经济协调发展的不协调,主体间经济竞争对资源的过度利用与国民经济可持续发展的不协调等经济关系,都需要经济法调整(国家干预)达到协调。经济法正是通过对市场主体的经济关系的外部干预来达到整体平衡和协调的。这种市场主体个体与市场整体间的依经济发展规律需要协调的经济关系就是经济法的调整对象。

中共中央、国务院《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》提出:“坚持正确处理政府和市场关系。坚持社会主义市场经济改革方向,更加尊重市场经济一般规律,最大限度减少政府对市场资源的直接配置和对微观经济活动的直接干预,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,更好发挥政府作用,有效弥补市场失灵。”这在一定意义上也正是认识民法和经济法关系的指导原则。民法是使市场在资源配置中发挥决定作用的法律,经济法是更好发挥政府作用,有效弥补市场失灵的法则,二者都是调整市场经济关系的重要法律部门。

2. 调整方法不同

民法调整平等主体之间经济关系,其调整方法主要是运用确认主体平等地位和实行主体意思自治的原则;经济法调整平等主体之间的经济关系即私人经济关系对公共经济秩序的相互影响关系,采取对私人经济关系从外部进行国家干预的方法,如运用经济政策和调控措施对私人经济关系限制、促导、监督等。

3. 法律本位不同

民法以个人权利为本位,其根本宗旨在于保障民事主体的个人权利,实现个人利益;经济法则以社会公共利益为本位,其宗旨在于协调私人的经济关系和社会公共经济秩序,确保公共利益的实现。虽然民法在实现个人利益时也兼顾社会公共利益,经济法在实现社会公共利益的同时也兼顾个人利益,但其重心各有不同。

小贴士

民法和经济法都调整一定社会的市场经济关系,但二者分别调整市场经济关系的不同部分。经济法调整市场经济主体个体间的经济关系与市场经济整体秩序之间的协调性经济关系。

(二) 民法和劳动法的区别

民法调整普通社会成员之间的关系。资本家、劳动者之间本来是普通社会成员之间的关系,他们都是平等主体。但是随着资本主义经济的发展,作为社会普通成员的资本家从事以营利为目的的商业活动,转化为社会普通成员之中的“富人”,劳动者则转化为普通成员中主要靠出卖劳动力为生的“穷人”。事实上,他们已经不再是地位平等的主体。本来他们之间的劳动关系作为平等关系由民法中的雇佣合同调整,但资本家以其经

济上的优势地位,凭借雇佣合同压迫经济上处于弱勢的劳动者。

在资本主义工厂化生产的联合劳动中,劳动者为了争取自身的权利成立工会团体与资本家斗争。由此,他们不再以单个人身份与资本家订立劳动合同,而是以工会团体作为一方与资本家订立劳动合同,资本家也组织成资本家团体与劳动者团体订立劳动合同,这种合同就是团体合同,它与民法中的雇佣合同不同,其条款具有团体性的约束力,对团体内的每一位劳动者成员都具有强制的约束力,使其个人的自由意志受到了限制,因而这种劳动合同关系就超越了民法的调整范围,而由劳动法调整。

“根据现行法律制度,劳资协定对所有适用这些协定的劳动关系而言都是具有拘束力的规范。在单个的劳动合同中对这些规范所作的变更,必须在有利于雇工利益的情况下才有效,否则,无效。”通过国家对劳动关系的干预和限制,达到对处于弱势地位的劳动者利益的保护。由此可见,劳动法是由民法发展而来的,最初劳动法体现在工厂法中,与民法中商法部分的内容密切相关,而在其演进过程中,民法的商法部分侧重于商人营利目的的实现,与劳动法的以实现对劳动者利益保护的目有很大不同,所以劳动法逐渐与之分离而成为独立的法律部门。虽然劳动法与民法有如此密切的联系,但就其密切联系的方面,二者又有明显的区别。

1. 二者的调整对象不同

民法调整平等主体之间的财产关系和人身关系;而劳动法调整社会化大生产条件下的联合劳动关系。这种联合劳动者具有团体性,团体中的劳动者个人对劳动者团体具有身份上的从属性、意志上的服从性。团体劳动的合同条款对个别劳动者具有约束力。对此国家予以认可,“这就是劳动法所具有的公法性”。围绕对联合劳动关系的调整,劳动法不仅调整劳动合同关系,还规定劳动者团体——工会的组织,规定劳动纪律、劳动保护、劳动福利、保险等问题。在这样的劳动关系中,劳动者个人与供职方的企业(资方)难以形成平等的关系,劳动者在联合劳动中必须接受劳动过程中资方管理者的指挥。

2. 调整的方法不同

民法调整民事社会关系采用确认主体地位平等和实行当事人意思自治的方法,而劳动法调整联合劳动关系则采取劳动纪律服从,认可劳动用人单位对违纪劳动者的惩戒,认可劳动者团体对劳动者个人的约束,以国家干预保护弱势劳动者利益等方法。由此形成民法多为任意性法律规范,而劳动法多为强制性规范的不同特点。

(三) 民法与社会保障法

社会保障法“是从民法发展中延伸出来的一个法律部门”“凡是为了一个人的安全与生活而建立的法律都叫社会保障法”。天有不测风云,人有旦夕祸福。生活在民事社会中的人们,其生命健康和财产也会面临各种风险,一旦风险发生,其本人或其供养的亲属的生活就会陷入困境。理性的人们就有了防备不测,获得安全保障的需要。于是,在民法上,保险制度应运而生。它是由民事主体依保险合同关系获得保险保障的制度。这种

依自愿原则建立保险合同关系而取得的保障并不是每个民事主体都能够在事实上获得的。

由于民事主体事实地位的差别和客观变化,有一部分社会成员可能演化成社会中的贫困群体、弱势群体。为了使这一部分人能够获得社会提供的安全和生活保障,国家就强制借助民法上的保险制度,用社会成员的投保费建立的保险基金为社会成员中需要救助的人提供赔偿。社会保险法是社会保障法的核心部分,由此可见,社会保障法是由社会群体力量对社会弱势群体的个体提供生活安全保障的法律制度。它与民法的联系在于它是由民法中的保险制度发展而来,同时仍然关心民事主体的个人的福利和安全。它与民法的区别主要在于以下几方面。

(1)民法调整的是一般的平等主体之间的人身关系和财产关系;而社会保障法调整的是民事主体之间因事实地位差别而引起的利益平衡关系,即由社会对处于弱势群体中的成员个体给予利益保障的关系。因此,它关心的仍然是普通的成员个体的利益,只不过这种利益是特定的利益,即弱势的、贫困的、需救助的利益,是处于弱势群中的个体利益,最终受到社会保障利益的都是具体的个人。

例如,每一个坐飞机的人都应被看作一个面临航空运送高度危险的弱者,因而必须强制其参加保险,其票价中含有保险费,由此集中起来的就是一笔社会的保障基金,一旦发生事故,这笔社会基金赔付给受益人,使其获得保障救助。只不过民法直接着眼于民事主体个体,而社会保障法直接着眼于对于社会中的弱势群体的保障,而不是某个具体的人。受保障者的个体通过群体关系获得保障利益,其个人意志和行为往往受到群体关系的影响和约束。

(2)民法以自愿原则调整民事社会关系;社会保障法则以国家干预的强制方法调整社会保障关系。例如,社会保险的强制参加,社会保险基金的强制缴纳等。

(3)民法在财产关系领域贯彻的是平等主体之间的对价支付关系;社会保障法是社会向受保障者的单方支付。

(4)民事主体是平等主体,但其财产关系内容上各自具有差别性;社会保障法中受社会保障者的待遇在同一群体中按同一政策标准公平分配。

(5)民事法律关系主体是平等的自然人或法人。社会保障法律关系的主体是社会保障机构,负有社会保障义务的国家机关、企事业单位、受保障的社会群体成员,其法律地位是不平等的。

第六节 民法学及其学习方法

一、民法与民法学

一个国家的全部法律规则依照一定的逻辑关系构成一个法律规则体系,称为法律体

系。这个法律体系,犹如一个金字塔,最上层是宪法,其次是各基本法,再次是各单行法,下面是各种法规、规章。各基本法及其所统率的单行法法规、规章等,作为法律体系的一个构成部分,称为法律部门。民法,是一个国家法律体系中的一个重要法律部门。

法学是以法律为研究对象的科学,通常分为理论法学与实用法学。法理学、法哲学、法史学、法社会学等属于理论法学,宪法学、民法学、刑法学、行政法学、经济法学、国际法学、诉讼法学等属于实用法学。民法学,是以民法为研究对象的科学,是研究民法的实用法学。

二、民法学的主要内容

民法学的主要内容,可以分为三个部分。

第一部分的内容,是学者对民法规则(民法立法、习惯、判例)进行整理并依一定的逻辑顺序所构成的体系,称为法源论。学习掌握这部分内容,我们可以了解什么是民法,民法的性质、任务、作用,特别是掌握民法的概念、原则、制度和理论的体系。

第二部分的内容,是关于解释适用民法的方法和规则的理论,称为方法论。学习这部分内容,我们可以掌握如何正确解释、适用民法的方法。

第三部分的内容,是学者运用民法方法针对假设的或者实有的案例,所提出的具体解释意见,称为解释论。这部分内容,可以作为我们正确理解民法概念、原则、制度的参考,及运用民法方法解释、适用民法的参考。

如果我们通过学习,熟练掌握了第一部分的内容,可以说我们掌握了较多的民法知识。但掌握了民法知识,并不等于具备了运用民法和研究民法的能力。因此,在学好第一部分的内容,即掌握比较扎实的民法知识的基础上,还必须进一步学好第二部分的内容,即掌握民法方法论。无论是从事民法教学和理论研究的学者,或者是从事民法裁判和诉讼实务的法官、律师,判断其民法素养和民法实务能力的高低,关键就看其是否熟练掌握了解释、适用法律的方法、规则和理论,即是否掌握了现代民法方法论。至于第三部分的内容,只是学者自己的解释论,其价值在于为我们提供如何理解、解释、适用民法的示范和参考。

三、学习民法学的基本方法

学习民法学的方法大致有两种:其一,是从抽象到具体、从一般到特殊的学习方法,即基本上按照《民法典》的结构顺序进行学习。其二,是从具体到抽象、从特殊到一般的学习方法,即从具体的事例(实有的或者假设的案例)入手学习民法。

第一种方法,可以使我们对民法获得整体的把握,即掌握民法的概念、原则、制度和理论的体系,为进一步学习、研究民法或者从事民法实务奠定扎实的民法知识基础。但这种学习方法,对初学者来说,要理解、记忆许多专业概念、术语,有相当的难度。

第二种方法,从具体的案例入手,可以唤起对民法理论的兴趣,但仅靠这种学习方法不大可能准确理解和掌握整个民法的基本结构和概念、原则、制度、理论体系。因此,现在提倡交替采用上述两种学习方法,即为了掌握民法的基本结构和整体概念、原则、制度和理论体系,须采第一种方法,精读一两种较好的民法教材或者体系性较强的专著。

在此基础上再采用第二种方法,阅读一些民法实例演习著作,使我们结合实例对民法的各项概念、原则、制度获得正确的理解和把握。然后再阅读一些具有较高学术水准的专题研究著作和专题研究论文,以进一步提高民法理论素养。并且,在具有比较扎实的民法知识的基础上,可以进一步阅读民法方法论著作和民法判例研究论文,以掌握解释适用民法的方法、规则和理论,提高运用民法和研究民法的能力。

在采用第一种学习方法时,须注意两个问题。

一是要遵循循序渐进的规律,先学好民法总论部分的内容,再循序学习物权、债权、亲属、继承。学好这部分内容,再学习其他部分就比较容易。学习其他部分内容时,也应遵循同样的规律,先着重学好该部分的基础知识,如学习债权,应先着重掌握债权总论部分,然后再学习债权分论部分;学习合同部分也应先着重学习合同总论部分,然后再学习各种具体合同。

二是遵循“阅读、记忆、理解、运用”的规律。民法是一套概念、原则、制度和理论的体系,其基础是一整套有严密逻辑关系的概念,掌握了这套概念,就掌握了民法的思维框架。

经验表明,法官在裁判的过程中、律师在处理案件的过程中、学者在分析案例的过程中如果出现失误,往往源于没有掌握好这套概念或者发生概念混淆。因此,学习民法首先强调记忆。但民法概念有其专门含义,相互间有其逻辑关系,因此不能单凭死记硬背,在记忆的同时应强调对概念的理解。特别是初学者,一定要着重记忆和理解这两个环节,边阅读、边记忆、边理解,在理解的前提下增强记忆,在记忆的基础上加深理解。

在初步掌握了民法概念、原则、制度和理论的体系和方法的基础上,要强调联系实际,即运用所掌握的民法知识和方法分析实有的或者假设的案例,针对具体的案例解释、适用民法规则,然后得出对该案例的处理(判决)意见。在这样的运用中,不仅可以加深理解和记忆,而且可以使所学民法知识逐渐转化成自己的民法素养和民法实务能力。

思考题

1. 试述民法的调整对象。
2. 简述民法的性质。
3. 如何理解现代民法的发展趋势。
4. 简述民法适用的基本原则。