

市民社会与市民法

——民法的调整对象研究

徐国栋

一、民法还是市民法

“民法”一词来源于罗马法的市民法(Jus civile),为与万民法相对立的体系,后经最高裁判官的作用,两者融合。大陆法系各国皆沿用了市民法的指称。法语用 droit civil,德语用 Bürgerliches Recht,意大利语用 diritto civile,荷兰语用 Burgerlyk Regt,直译都是“市民法”。大陆法系国家的市民法,英语一般称私法,但为了翻译大陆法著作,也造了 Civil Law 一词,兼指罗马法和大陆法系。因此我们可以看到,那怕在现代西方国家,我们所说的民法,也是被称为“市民法”的,指作用于市民社会的法。

我国指称 Jus civile 的语词来自日文。日本在倍里叩关之后,为废除领事裁判权,制定西方化的法律,最初通过荷兰(兰学)学习西方,由学者津田真道于 1868 年从荷兰语译 Burgerlyk Regt 为“民法”(又一说,由学者箕田麟祥从法语译 droit civil 为“民法”)。^①我国清末继受大陆法系时,沿用日译,称 Jus civile 为“民法”,使用至今。较之于“市民法”,“民法”去掉了一“市”字,此为不忠实之翻译,当无疑义,指其为误译,也未尝不可。

在西方历史上,自希腊、罗马以降,一直存在城市国家的传统。城市是创造和维持高级文明生活方式的基础。在城市生活的基础上,才产生了市民法。由于城市与更高级文明的联系,把市民法叫作文明法,亦不过分。我认为,希腊、意大利文明成为文化史上奇迹的原因,在于这两个地方一直维持着普遍的城市生活方式,两种文明皆是城市文明。以我的阅读范围^②为根据可以说,在希腊和意大利,似乎不存在单纯的城市人或单纯的农村人,两个地区皆为一城一国、城市林立的状态。在希腊,有雅典、斯巴达、科林斯等数十个城市国家(城邦);在意大利,有罗马、叙拉古、维爱等数十个城市国家。人民在城市和乡村皆有房屋,在农村从事农业生产,而同时过城市生活。因此,把所有的自由人称为市民,是名副其实的。城市生活使政治(Politica,来源于 Polis 城邦)生活成为现实,希腊人、意大利人皆为过政治生活的民族。城市使市民法与政治发生了密切的联系。

在希腊、意大利的城邦生活中,一个自由人同时具有两种身份。首先,他是特定城市国家的市民,在这个意义上,他属于他自己,是一个私人,谋求自己的利益。其次,他是特定国家的公

^① 参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社 1991 年版,第 1 页。

^② 这一阅读范围包括译成中文的几乎所有的希腊史和意大利史著作。

民,在这个意义上,他不属于自己而属于国家,是一个“公人”,必须在必要时牺牲自己的个人利益去维护公益。伯里克利在阵亡将士葬礼上的演说中已经区分了“公”与“私”。他说:“在解决私人争执的时候,每个人在法律上都是平等的”,“但是在公家的事务中,我们遵守法律”。“一个雅典公民是不会因为照顾自己的事务而忽视国家的”。^①这篇演说反映了希腊社会区分公私的结构。罗马人也对公私作出了区分,把调整私人利益关系的法律称为私法,把调整公共利益关系的法律称为公法。所谓私人利益关系,就是市民社会;所谓公共利益关系,就是政治国家。由此可见,在西方的古代文明时期,就有了市民社会与政治国家的分野。市民社会的传统,并非在资产阶级革命后形成,而是在西方文明的源头时期就有了。罗马法之所以对市民社会与政治国家作出区分,乃因为“罗马法视私人平等和自治为终极关怀,对于权力猖獗怀抱高度的怵惕之心,以致试图用公法私法的‘楚河汉界’去阻隔”。^②因此,市民法就是市民社会与政治国家间的屏障。

在罗马法中,曾存在过市民法和万民法的二元体制,后演变为市民法的一元体制,其原因有二:其一,早期的市民法是僵化、保守、陈腐的代名词,是所谓的祖宗旧制,动它不得。最高裁判官运用法律技术对之进行潜移默化的改造,吸收实际上是地中海沿岸各国的优良习惯法的万民法入市民法中,逐步实现了市民法与万民法的合流;其二,市民法仅适用于罗马市民之间,罗马市民与外国人的关系适用万民法,这种区分只有在存在多个城邦、多种市民身份的条件下才有意义。在罗马的发展中,通过历次战争,已把拉丁地区的各个城邦变成自己的属国(同盟者)。又通过同盟者战争(格拉古改革之后),各属国人都取得了罗马市民权。^③此时,在拉丁地区,已不存在多个城邦、多种市民身份之二元制存在条件。在罗马帝国已扩张成为横跨欧亚非三洲的大帝国之后,212年,卡拉卡拉敕令把罗马市民权赋予帝国境内所有的自由人,使二元制的存在条件彻底消除。因此,优士丁尼的法学编纂的总成最后也采用了市民法大全(Corporis Juris Civilis, 1583年)的称谓。文艺复兴之后,欧洲各国沿袭此称谓。由此可知,我们现在所说的市民法,并非早期罗马法史上的市民法,而是私法之总和。

上文已说明“民法”为误译,并说明了市民法的存在依据及沿革,考虑到把市民法阉割为“民法”的种种后果,有必要为民法正名,使民法回复为市民法。^④这种正名有如下意义:第一,将民法正名为市民法,可明确地昭示民法中的人是市民,不是公民。市民即私人,因此,民法当然地为私法;第二,将民法正名为市民法,它为市民社会的法之意义不言自明,而市民法和市民社会是与公法和政治国家相对立的存在之意义也就明确了,这有助于我们正确理解民法的调整对象问题;第三,将民法正名为市民法后,被指称者的地位也发生变化。民法所调整的市民社会,为社会整体的二分之一(另一半为政治国家),因此民法是与宪法相并列的存在,高于其他部门法,为根本法之一。^⑤

① 修昔底德:《伯罗奔尼撒战争史》(上册)(谢德风译),商务印书馆1985年版,第130页。

② 张俊浩,前引书,第2页。

③ 阿庇安:《罗马史》(下卷)(谢德风译),商务印书馆1976年版;第13页。

④ 市民法的精神、价值及其地位,并非仅把民法改称为市民法即可当然得到承认。因此,这里说的“正名”,自然是从实质上而言。

⑤ 借用刑法学者黄风的话来说:“民法是一切部门法的基础,其他部门法可以说都是从不同侧面对民事法律关系和基本原则的保护、充实和发展,或者为它们的完满实现创造必要的法制条件和环境。”见彭梵得:《罗马法教科书》(黄风译)译后记,中国政法大学出版社1992版。

二、市民法调整对象问题的学说史

理解市民法的调整对象问题,有必要回顾一下这一问题的学说史。在回顾罗马法和西方市民法就这一问题的学说史时,我区分它们的法律理论和作为整体的社会科学理论。

在展开讨论之前,我们还必须确定市民法包括哪些内容。依潘得克吞体制,市民法包括总则、债、物权、亲属、继承五个部分。现在还可包括知识产权。对这些庞杂的内容,如何概括出它们的共性从而确定其调整对象呢?

我们已经知道,在罗马人对市民与公民的区分中,已孕含着市民社会与政治国家的区分,尤其是罗马人对公私法的划分,已明确指出私法(市民法)是调整私人利益关系的。乌尔比安说:“私法是涉及个人利益的法”。^①个人利益关系可概括上述六大块的内容。因此,罗马法中的公私法划分理论,实际上包括了其市民法调整对象理论。过去人们认为,罗马法不研究市民法的调整对象问题,或者说“市民法是调整城邦社会生活的规则的总和”,^②这些提法皆值得推敲,只说明乌尔比安的天才见解尚未得到充分的解释。但是,罗马人尽管已意识到了私人利益与公共利益的分野,并意识到了两者可能的对立,但尚未以法学的语言揭示这种对立的解决,给后人留下了可作的文章。

西方市民法正统理论以市民法为私法,为保护私权的法,^③实际上是乌尔比安说的翻版。私法、私权是公法、公权的对立面,其中也隐含了市民社会与政治国家的对立。就法学理论而言,西方市民法与罗马法一样,并不明确地把市民法调整对象作为一个专门问题来研究。但就社会科学理论之整体而言,其成熟的市民社会理论实际上就是其市民法调整对象理论。许多人认为西方不研究市民法调整对象问题,这是将西方的法律理论与社会科学理论之整体分割看待的结果。

社会主义制度建立之前及之初,人们认为这种制度就是公有制加计划经济,这两项因素抽空了市民社会的两个基础——个人所有权和契约制度。个人所有权为公有制所否定或限制;契约制度为计划经济所否定或限制。而个人所有权和契约制度无非是对私人利益的肯定。因此,在按上述设想建立的社会主义各国,市民法已失去其存在的大部分基础,市民法名副其实地变成了民法(这里的“民”不是市民,而是公民)。俄文中的民法(Гражданское право)即为“公民法”之意,^④这正与列宁的民法公法说相合拍。在这种基础上,以私人利益关系来界定民法的调整对象,显然行不通。前苏联学者只得另辟蹊径,将民法的调整对象界定为一定范围的财产关系和人身非财产关系,并以平等把财产关系和人身关系系统一起来。平心而论,这种在夹缝中逼出来的民法调整对象理论有其进步意义。第一,前苏联学者率先把民法调整对象单独作为一个问题进行研究,使人们对这一问题的认识深化了;第二,这种理论推进了对民法调整对象的具象分析,把六大块概括为两大块,成为包括中国在内的许多国家于立法时理性地确定民法之外延的基础。

① 桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·正义和法》(黄风译),中国政法大学出版社1992年版,第35页。

② 佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,第2页。

③ 参看勒内·达维德:《当代主要法律体系》(添竹生译),上海译文出版社1984年版,第74页。

④ 查俄汉词典,Гражданское一词有“民事的”、“公民的”等意项,无“市民的”、“文明的”之意项,与所有西方语言中的对应词不同。

但是,这种理论完全地把市民法阉割为“民法”或“公民法”,抹煞了市民社会与政治国家的对立,把民法中的人由私人变成了公民,把经济活动的动力机制由私人利益替换成政治热情,使经济缺乏活力,使民法成为政治国家手中的驯服玩具,后果极为严重。

1964年,苏联民事立法纲要把民法的调整对象又确定为商品货币关系,进一步对财产关系作了界定,而把人身关系淡化了,另立了婚姻家庭法典,追求民法调整对象在商品关系基础上的纯化,弊端一如前一种理论并影响我国。

我国的佟柔教授是民法调整对象问题专家。五十年代即发表这方面的论文。八十年代初,系统地提出了民法调整商品经济关系的理论,在当时,统一了全国民法学界的思想,成为一面旗帜,作出了重大理论贡献。其一,在商品经济仍为一敏感字眼的背景下,抹去了商品经济的污名,为民法理论进一步向市场经济发展打下了基础;其二,在与经济法的八年论战中,维护了作为民法之存在基础的经济体制以及民法本身,排除了将民法计划经济化的消极力量。但佟柔教授的理论亦难免有不足之处。第一,仍把市民法看作是民法,未能充分揭示民法与市民社会的联系;第二,未能充分把握市民法六大块的共性,把这六大块看成“芜杂”,把这六大块的共性概括为商品经济,坚持把与商品经济无关的传统市民法内容(如亲属)排除出市民法的外延,追求民法体系在商品经济基础上的纯化,^①未免以偏概全,未能全面地把握市民法六大块的精神;第三,经济决定论,把复杂的市民法现象的演进原因简单地归之于商品经济,忽视了市民法的其他制度价值。

我认为,应综合罗马法、西方市民法、前苏联学者和我国学者对民法调整对象研究的成果,重新探讨民法调整对象问题,创立集大成的新理论。一方面,以民法是市民法为立足点,说明民法调整对象的抽象方面为市民社会与政治国家的关系,换言之,为市民权利与国家权力之间的关系;另一方面,吸收前苏联学者及我国学者的研究成果,说明民法调整对象的具象方面为平等主体的财产关系和人身关系。

三、市民社会与市民法

就什么是市民社会(bürgerliche gesellschaft, civil society),众说纷纭。一世纪西塞罗即指出市民社会“不仅指单个国家,而且指业已发达到出现城市的文明政治共同体的生活状况”。^②此论以城邦制为背景,说明了市民社会与城市生活的联系,反映了西方古典文明时期的现实。此处之市民社会中的市民,指不存在“农村人”的对应物的“城市人”或市民。以这种概念体系来谈论中国的市民社会问题,会招致市民社会是排斥农村人的社会的误解。

作为在近代社会科学文献中经常出现的概念,市民社会的范畴为黑格尔和马克思所使用,被赋予明显不同于西塞罗所赋予的含义。

黑格尔认为,“市民社会是处在家庭和国家之间的差别的阶段”。^③“在市民社会中,每个人都以自身为目的,其他一切在他看来都是虚无。但是,如果他不同别人发生关系,他就不可能达到他的全部目的,因此,其他人便成为特殊的人达到目的的手段。但是特殊目的通过同他人的

① 参见佟柔主编《民法原理》之绪论,法律出版社1983年版。

② 戴维·米勒、韦农·波格丹诺:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社1990年版,第125页。

③ 黑格尔:《法哲学原理》(范扬、张企泰译),商务印书馆1961年版,第197页。

关系就取得了普遍性的形式,并且在满足他人福利的同时,满足自己”。^①实际上,黑格尔所理解的市民社会中的“市民”,就是合理地追求自己利益之最大化的“经济人”,他们在直接追求自己利益的同时,间接地增进了他人的福利。因此,把黑格尔的市民社会理解成经济人社会,亦无可。这种市民已脱离城市人的含义,而成为与公民相对应的私人的同义语。“市民社会的市民,就是私人,他们都把本身利益作为自己的目的。”^②

黑格尔认为,市民社会含有三个环节。第一,通过个人的劳动以及通过其他一切人劳动与需要的满足,使需要得到中介,个人得到满足——即需要的体系;第二,包含在上列体系中的自由这一普遍物的现实性——即通过司法权对所有权的保护;第三,通过警察和同业公会,来预防遗留在上列两体系中的偶然性,并把特殊利益作为共同利益来予以关怀。^③因此,黑格尔所理解的市民社会,实际上是在私有制(个人所有权)和分工的条件下,生产和交换的体系,是在人人为我、我为人人的前题下,社会成员(市民)自利和互利的活动过程。

马克思对市民社会作两种理解。^④作为历史范畴的市民社会指人类社会的一个特定发展时期。在这个时期,存在着个人利益发展到阶级利益的过程,此点与市民法无关。作为分析范畴的市民社会,是对私人活动领域的抽象,它是与作为对公共领域的抽象的政治社会相对应的。马克思认为,随着社会利益分化为私人利益和公共利益两大相对独立的体系,整个社会就分裂为市民社会和政治社会两个领域。前者是特殊的私人利益关系的总和;后者则是普遍的公共利益关系的总和。因此,社会中的每一个独立的人也就担当着双重角色,他既是市民社会的成员,也是政治国家的成员。依据其行为的不同性质,他分别活动于市民社会与政治国家两个领域之中。因此,人过着双重生活,“在市民社会中,人作为私人进行活动。市民就是私人,他把别人看作工具,把自己也降为工具”。^⑤可以看出,马克思秉承公私法划分的西方传统,区分了私人利益和公共利益、市民社会与政治国家。由于私人利益为市民法的作用对象,由此不难得出市民法是私法的结论。把市民法界定为私法,是为了防止按政治社会的人的标准来要求市民社会的人,就是要求把民事活动与政治活动区别开来。不作这种区分,恰恰是既往的民法理论和民事立法常犯的错误。

马克思把市民社会理解为人类的私人物质交往关系,“包括各个个人在生产力发展的一定阶段上的一种物质交往”。^⑥这种物质交往,无非是财产关系。由于个人在物质交往中势必要形成一定组织和制度,因而市民社会“始终标志着直接从生产和交往中发展起来的社会组织”,^⑦包含着财产、家庭、劳动方式等要素。这些内容统属于经济生活,皆在市民法的调整范围之内。

前文已述,希腊、意大利已有过以城市生活为基础的市民社会。但在以后期罗马帝国为起点的中世纪,城市生活衰落,星罗棋布的都市或湮没于断垣残壁,或退化为大的村庄。“中世纪的起点则是乡村”。^⑧由此造成文明的衰落和市民社会的衰落。市民社会为政治国家所吸收,形成专制主义。文艺复兴时代,由于工商业的复兴,城市生活复兴,意大利出现了希腊、罗马时代那样的林立的城邦国家,^⑨几乎现代意大利地图上的每一个大城市,都曾经是一个独立的城市

① ②③黑格尔:《法哲学原理》(范扬、张企泰译),商务印书馆1961年版,第197页;第201页;第203页。

④ 参见俞可平:《马克思的市民社会理论及其历史地位》,《中国社会科学》1993年第4期。

⑤ ⑥《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1964年版,第428页;第284页。

⑦ ⑧《马克思恩格斯全集》第3卷,第41页;第28页。

⑨ 参看哈罗德·伯尔曼:《法律与革命》(贺卫方等译),中国大百科全书出版社1993年版,第12章。

国家。此种环境,为市民社会的复兴和市民法的复兴提供了土壤。因此,在近代,市民社会与政治国家的第二次分离是在资本主义时代完成的。

这种分离的经济原因为市场经济。市场经济的内在要求是私人的物质生产、交换、消费活动摆脱政府家长式的干预,实行自由放任政策,实现经济自由。这样,财产关系乃至整个经济生活便日益摆脱了政治国家的直接控制,政治关系与经济关系的界限变得明确起来,^①由此推动了生产力的发展。

这种分离的政治原因为西方把政府当作一种不得不忍受的恶来接受的政治传统,^②因此,必须控制政治国家的活动范围。一方面,一个社会不能没有政府,否则难以维持和平,人们会寻求自力救济,丛林法则会由此成为一个社会的宪法。另一方面,由于政府无非是权力的运用者,而权力是要腐蚀其运用者的,所以任何权力的存在都有其危险性,为了限制这种可能的危险,就必须控制政府的活动范围。宪法即为这样的控制工具,它使政府在人民授权的范围内活动而不得越界。因此,宪法就是市民社会与政治国家间订立的契约,它划定了市民社会与政治国家间的界限,使市民社会保持免受国家任意干预的自治,由此使市民社会与政治国家间保持一种平衡,兼顾社会的和平和市民社会的自治。政治国家的范围越大,市民社会的范围就越小,反之亦然。由于市民社会表现为一种经济的力量——这是最根本的力量,因此,市民社会本身即为对政治国家的一种控制。市民社会越完善发达,政治国家就越无足轻重。市民法无非是市民社会的法律表现形式,它通过设定权利来维持市民社会的秩序。任何权利的设定都有双重的意义:其一,它划定了政治国家不得随意进入的空间。此点常为人忽视,因此需着力强调,因为政治国家是最有能力以各种名义进入市民的私人空间(私权)的;其二,它划定了其他市民不得随意进入的空间,这是为大家所熟知的。由上述可知,市民法调整对象的一个重要方面为市民社会与政治国家的关系。

自由主义一词的本来意义是对市民社会与政治国家关系的一种描述,它是与无政府主义和专制主义相对应的范畴。对自由主义的分析将有助于理解市民法的精神。

在市民社会与政治国家的对立中,产生了对两者关系的不同说明模式。^③其一为无政府主义,它否认政府是一种必要的恶,而认为政府是纯粹的恶,不认其有存在的必要,因而主张以市民社会吞没政治国家;其二为专制主义,它认为个人并不能发现自己的利益,只有社会的少数先知先觉者能发现它,这种人将掌握权力,以此指导或强制人们去实现他们不能发现的自己的利益,政治国家因而吞没了市民社会;其三为自由主义。如果说无政府主义与专制主义各为一极端,则自由主义处在这两个极端的中间。此说认为,市民社会与政治国家应各有其存在。市民社会的存在理由在于,一个社会的经济生活是该社会存在的基础,而每个人都是自己利益的最佳判断者,因此应承认市民社会的自治性质。政治国家的存在理由在于,市民社会并非万能,争端的解决、和平的维持、秩序乃至服务的保障,非依赖政治国家不可。尽管如此,应当承认市民社会是目的,政治国家是市民社会的工具。个人在市民社会中应享有广泛的自由权利,尤其是意思自治权。国家必须保护而不得侵犯市民社会的活动自由。自由主义只是主张限制国家权力而不是消灭它,因为国家权力有其存在理由。由于市民法就是市民社会的宪章,它通过设定权利来达到自己的目的,而任何权利的设定都具有双重意义,考虑到市民权利对政治权力的限制作用,说市民法的精神是自由主义就并不奇怪了。它并非完全自由放任,因此有权利不得

① ②③参见俞可平:《马克思的市民社会理论及其历史地位》,《中国社会科学》1993年第4期。

滥用原则之设;但又不允许过度干预,因此有意思自治原则之设。市民法的宗旨,就是维持一种有秩序的自由。

由于市民社会主要是经济活动,它与市场经济的联系也就不言自明。市场经济是计划经济的对立面。如果说计划经济是以政治国家取代市民社会,把经济活动当作政治活动,把私人当成公民,则实行市场经济,就是把经济与政治相分离,把民法中的公民回复为市民法中的私人(市民,包括法人),允许牟利,不要求交易行为是政治行为或慈善行为,把民事活动从国家过多过细的干预中解放出来,概言之,就是建立中国的市民社会。对这种格局的最通俗表达是“小政府,大社会”,此语中的“社会”,就是市民社会。要想实现上述格局,就必须建立真正意义上的个人所有权和契约制度,因为它们是市民社会的支柱,是市民法中的市民能成为私人的基础。对于上述说明,我们不妨这样归纳:实行市场经济,就是要建立中国的市民社会,就是要使“民法”还原为市民法或私法。

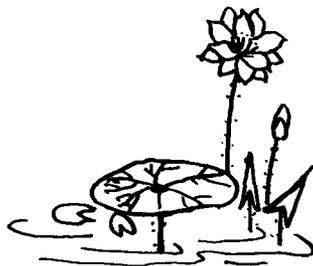
四、结论

由于已认定市民法的精神为自由主义,是对政治国家的制约,因此,从抽象方面来看,市民法的调整对象首先是市民的权利与国家的权力之间的关系;其次是市民彼此权利之间的关系。^①

从具象方面看,市民法的调整对象仍为平等主体间的财产关系和人身关系。^②

(作者单位:中南政法学院)

责任编辑:张广兴



① 对这一结论的论证,可参看拙文:《成文法三属性:权力与权力的平衡态—兼论现代法律的调整对象》(署名东方玉树),《法律科学》1993年第5期。另参看拙文:《重新认识民法的调整对象和调整方法》,《法学》1993年第9期。

② 关于市场经济条件下的财产关系,可参看拙著:高等政法院校规划教材:《民法学·民法总论》,中国政法大学出版社1994年版,第1—2页。