

## 私法进化与在我国发展之必然

刘蔚铭

私法探原于罗马法。早在《十二表法》中，就在第八表和第九表分别采“私犯”和“公法”为题。“私犯”称私益盗窃，侵犯个人利益。“私”与“公”相对，“私犯”和“公法”实际划分了各自的调整范围。笔者以为，“私犯”为私法的雏形。另有学者认为，首次将罗马私法系统化，并成功地开创了罗马私法研究体系的当属盖尤斯的《法学阶梯》。该作“十分合理地对罗马私法作了分类划分，这种划分以其科学性和在法律史上悠久的影响获得了“法学阶梯式”分类法的称谓。”<sup>①</sup>显然，盖尤斯当时意识到了公私法的差异，并将私法单独进行研究，客观地导致了公私法的分离。这无疑是法律观念上的一个质的飞跃。但是，他并未明确提出公私法的概念，也未采用“私法”一语。看来是后人用后来的观念主观分析所为。根据通说，私法一语与公法相对，并具有明确概念应始于乌尔比安公私法划分说。该说后纳入以盖尤斯《法学阶梯》为基础的优帝《法学阶梯》，并由后世袭用至今。后人在论及乌氏以前的民律或相关学说时，常以“私法”冠之，实际上，该语正式启用于乌氏公私法划分说之后。私法一语及其概念从无到有，经历了私犯——公私法客观分离——公私法划分说三个阶段。

罗马法虽未摆脱诸法合体之势，但它略刑详民，私法尤为发达，并且超时空地影响着近现代民法模式、原则以及世界许多国家的民法发展走势。罗马私法发达的关键，在于它顺应了商品经济的一般规律，反映了简单商品生产和商品交换中一切主要的民事法律关系。当时，罗马版图不断扩大，作为“世界国家”国际商事交易日益繁荣，市场经济相当发达，各种财产关系和人身关系需要完备的法规来调整。这就构成了私法赖以存在与发展的基础。可以说，商品经济促使私法的发展。商品经济愈发达，私法就愈发达；商品经济不发达，私法就停滞，甚至灭绝。没有私法，社会进步就会受阻，社会关系也会陷入混乱。罗马私法就是在这样的条件下形成了完整的体系。此外，商品经济的发展为罗马法学家提供了广阔的事业领域，解放了他们的思想。他们对罗马法进行了理论上的分析与研究，并有权进行解释，使得罗马法概念清晰完整。罗马法的价值在于私法的发达，而“罗马私法之发达，有赖于罗马民法解释学之发达，假如没有发达的民法解释法，决不可能有发达的罗马私法。”<sup>②</sup>私法的发展，法学家的作用也不可低估。

商品经济的发展促使法律观念的转变，而法律观念的转变则直接导致罗马私法的进化。

首先，思维焦点从公平性、正义性转向个人权利。以权利为中心的个人本位改变了义务中心思想，促使了公私法的分离及私法的发达。其次，诉讼法与人法大换位。受“公平性、正义性”思维影响，诉讼法一直处首位。罗马私法打破了以往法律排列传统，将人法置首位，按人法、物法、诉讼法顺序排列，维护了权利主体及实体法的重要性，并确立了其法律地位，摆正了主法与助法的位置。这无疑是法律发展史上的一大进步。再次，罗马私法的渊源得到确立。盖尤斯将“市民法”与“万民法”定为私法的渊源（自然法与万民法合而为一），创立了法律适用效力二分说。优帝《法学阶梯》采乌尔比安学说，将自然法与万民法分离，使“二分说”扩充为“三分说”。此举不仅使人法、物法、诉讼法有了依据，而且还明确了当时罗马私法的概念，使私法进化向前飞跃。后来万民法融合于市民法。市民法成为罗马法的总称，或称私法，也称民法。最后，罗马私法对人法、物法、继承法、债法等作了详尽规定，确立了基本概念，对后世民法产生了无法比拟的巨大影响。许多学说、规定、原则均被后世民法所继受。恩格斯称其为“商品生产者社会的第一个世界性法律”。

罗马私法经历了“古典时期”之后，诸多因素导致了商品经济发展的停滞与后退。经济基础决定上层建筑，商品经济决定私法的存在与发展。这一简单的道理说明，经济基础的变化必然引起法律变化，商品经济发展的停滞与后退必然导致罗马私法发展的停滞与后退。据此，罗马私法必然要经历“古典时期”，同样，也必然要经历一段“黑暗时期”。

## 二

罗马私法复兴运动的开展是为满足当时商品经济发展的需要。欧洲城市国家的兴起、新兴市民阶层的形成以及随后资本主义萌芽在封建社会内部的孕育，进一步促使了商品经济的发展。由于新形成的商品经济关系急待调整，当务之急是需求与之相适应的私法。而“罗马法是一部调整私有制条件下，商品生产者和所有者之间的各种关系的完善的法律，它比任何其他法律更能适应这种新的需要。”<sup>⑧</sup>罗马私法以商品经济为基础、为动力，揭开了复兴的帷幕。“当工业和商业首先从意大利，稍后又在其余国家发展起来时，促进了私人所有制的发展；与此同时，经过仔细加工的罗马私法又复兴起来，并重新获得了权威力。”<sup>⑨</sup>罗马私法通过各种方式扩大了影响。

资产阶级革命胜利后，随着商品经济的空前发展，罗马私法复兴运动发展到了一个新的高度。同时，与商品经济相一致的人文思想及各种宗教流派观念对这场运动也起到了推波助澜的作用。研究和继受罗马私法的复兴运动席卷欧洲大陆，使罗马私法成为调整资产阶级商品经济关系的法律基础，成为资产阶级法律制度的继受渊源，成为后来具世界影响的大陆法系的基石。因为，罗马私法适应了资产阶级急待调整的以商品经济为基础的民事法律关系，为其提供了现成的法律形式，所以，新兴资产阶级的法律观念必然经受罗马私法的洗礼。在商品经济发展客观规律基础上产生的罗马私法显示出具有强大生命力的普遍性特点。

“复兴时期”罗马私法的继受是在高水平上进行的。在编纂体例上，以《法国民法典》和《德国民法典》为代表的民法典，使“欧洲大陆各国进入了一个名符其实的成文法时代”<sup>⑩</sup>，得到世界其他许多国家的仿效。这两部民法典分别仿效盖尤斯《法学阶梯》和优帝《学说汇纂》，创制了“法学阶梯式”和“潘德克吞式”两大民法编纂体例，给世界后世民法产生巨大影响。我国大清民律草案与国民民法典均采“潘德克吞式”，建国后的历次民法

草案虽深受苏俄民法典的制约，但在不同程度上受到上述两种体例的影响。我国有的学者认为，德国民法在立法技术上是世界上最好的大陆民法，“中国在引进外国民法时首选德国民法是明智之举”<sup>79</sup>，建议我国今后制定民法典应采“潘德克吞式”体例。<sup>80</sup>在法学思想上，资产阶级近代民法三大原则：所有权绝对原则、契约自由原则、无过失原则以及私法自治原则、后纳入公法的法律面前人人平等原则等等，均打上了罗马私法的烙印。罗马私法的许多思想学说“都被资产阶级兼收并蓄，与其法学思想达到水乳交融的地步”。<sup>81</sup>

另外，公私法划分说此时也得到进一步发展，对资产阶级法律制度产生很大影响，并成为其分类理论基础。资产阶级学者继承与发展的公私法划分说，不仅和列宁建立起来的“社会主义民法”完全相悖，就是在资产阶级学者之间也颇有争论，而且提出的观点及划分标准五花八门，莫衷一是。但是，肯定论为主流，主体说、意思说、利益说为三大划分标准。在资本主义发展到垄断阶段后，由于国家加强干预民事活动，公私法出现一些融合现象。否认或淡化公私法差异的观点陡然增多。实际上，这并不妨碍公私法差异的客观存在。国家的干预旨在保护民事活动的顺利进行，根本不存在要消灭私法。

### 三

历史证明，私法进化总是为商品交换关系服务的，并随其发展而发展。罗马私法和资产阶级私法的进化恰恰说明了这个道理。我国历代实行抑商政策与制度，结果在法律制度上详刑略民，淡于私法，扼杀了民法的发展。就是“中国民法概念的肇始”的“民讼”概念（南宋1127—1279）<sup>82</sup>，也距优帝大规模编纂法典（公元528—534）相差六百年上下。有日本学者认为，中国“上下四千载，法典数百种，无虑皆公法典之属，而私法典乃无一焉。”<sup>83</sup>这便是佐证。鉴此，私法在我国的生存与发展同样需要其赖以生存的经济基础。同时，由于我国民法体系欠完整，所以首次发展民法时“我们所接受的是经法国、德国和日本等国扬弃消化了的《罗马法》。”<sup>84</sup>“众所周知，当代中国法律制度完全是以西方法制为模式，且以西方法制为借鉴。对此，我们大可不必忌讳。因为我们学习和借鉴西方法律，并非完全否定自身的传统，而是改造、发展和丰富我们的传统，是为了更好地认识和实现我们自身。”<sup>85</sup>据此，清末变法强国、国民民法编纂、建国后历次民法草案以及权宜之计的民法通则无不以当时或目前的经济为基础，无不受到西方法制的影响。有了私法滋生的土壤，我国就有了作为私法的民法以及其发展的历史。尽管这段历史风风雨雨、坎坎坷坷、生生灭灭，但毕竟是在艰难地向前发展。当前，我国正在建立与完善中国特色社会主义市场经济的机制与秩序，与之相适应的民事立法与民法学的发展日新月异。私法，这一长期被回避的、被认为是资产阶级法学的概念，已被重提。此举无疑在理论上和实践都颇具重大意义的。私法在我国的存在与发展曾遇巨大阻碍。它和公法一起受到抵制。不过这种现象具有鲜明的时代烙印。随着历史的发展与社会的变革，人们的思想目前发生了翻天覆地的变化。对旧时的或现时的不同论点及时归类总结，同时加以对比剖析，无疑对解放思想、冲破束缚，认识私法在我国发展之必然具有理论与实践意义。

1. 阶级本质论。该论从阶级的角度出发，认为公私法划分掩盖了法律的阶级本质。私法当属资产阶级法学范畴，社会主义法学不存在私法。

私法的本质在于客观反映一定的社会物质生活条件，适应历史发展客观规律。私法应当姓“商”而不是姓“资”，公私法划分与阶级本质无必然联系，阶级性是私法非常次要的

一面。事实证明，资产阶级学者对此也观点各异。私法的这一本质恰恰反映出了其普遍的适用性。私法应剔除阶级的外壳。

2. 所有制论。该论认为公法为公有制的产物，私法为私有制的产物。社会主义商品生产是生产资料公有制为基础的，所以社会主义民法是公法，不是私法。资产阶级是以私有制商品生产为基础的，所以私法是资产阶级的民法。在80年代初有关经济法与民法的大论战中就有人提出，在公有制基础上应废除民法。

此论点为典型的“公法优位主义”或称“国家中心主义”思想。它片面地强调国家与社会利益，否定个人利益和个人权利，用公法调整私法关系，用行政权力和手段直接进行经济运作。历史证明，它阻碍了我国经济的发展。当前，我国社会主义市场经济理论突破了观察市场经济以姓“社”还是姓“资”为准的思维定式，肯定了社会主义与市场经济的统一性，主张搞商品经济、市场经济，在所有制问题上否定了过去的“只有公有制才是社会主义”的认识。“实际上，市场经济的本质与西方资本主义国家的资本经济或商品经济是相一致的。区别只在于国家对社会经济生活的组织、调整、干预的程度与方式不同。”<sup>⑨</sup>可见，在社会主义市场经济条件下，也要有私法。恢复公私法本来面目，快速发展私法是时代的必然。

3. 名人论。该论认为列宁曾明确表示反对公私法划分，提出社会主义民法应该是公法，而不是私法。他强调说：“我们不承认任何‘私法’，在我们看来，经济领域中的一切都属于公法范围，而不属于私法范围。”列宁的教诲当然遵从不息。

此论点实际上是一种教条。列宁生前就曾说过“由实践来修正，由实践来检验”的话，可他生前只有7年的社会主义实践，远未深入研究社会主义的发展规律，其思想和理论也未完全得到实践的检验。后来的“苏联社会主义模式”的单一公有制、计划经济和国家权力高度集中因违反客观经济规律，造成严重后果。1982年，我国在草拟民法草案时就遇到我们要制定的民法是公法还是私法这个问题。起初，列宁的论断束缚着大家的思想。后来通过深入学习列宁的指示，并与资本主义国家民法对比，在一定程度上解放了思想，对以后的民事经济法规产生了一定的影响。<sup>⑩</sup>可见，客观与正确理解列宁思想，不仅有助于当时解放思想，而且有助于目前新时期条件下的私法发展。

4. 标准欠缺与过多论。该论认为，公私法“三大划分说”（利益说、主体说和意思说）不能自圆其说，各有欠缺。另外，公私法其他划分标准过于繁多，有的国外学者提出的标准最多竟达27种。标准的不统一造成了部门法性质的差异。例如同是民事诉讼法，德国学者视为公法，而法国学者视为私法。结果标准愈多，界线愈不清楚。鉴此，没必要强分公私法。

首先，“三大划分说”确实各有不足，但事物的发展总有一个艰难的、漫长的过程，不可能一步到位。这就需要不同时代、不同国度的学者不断研究、继承、发展与完善，决不能因噎废食。目前，我国已有学者在分析“三大划分说”的不足的基础上，提出了“综合说”，旨在扬“三大划分说”之长而避其短，即避免其局限性，发挥其合理性。<sup>⑪</sup>其次，标准过多恰恰说明百花齐放、百家争鸣的学术气氛，不必苛求绝对统一。此外，由于时代与国度的不同，公私法的关系与内容也必然有所不同。罗马私法的范围就和资本主义国家的有不同之处，而我国有待发展的公私法也必然与其他国家有所差异。划分方法的不同丝毫不会影响公私法本质的差异，对此，要用客观与发展的观点观察：

5. 公私法融合论。在垄断资本主义时期,权利本位转变为社会本位。为了经济生活上的宏观调控,国家直接干预民事活动日渐增多,结果出现公私法融合现象。目前我国也存在这种现象,例如经济合同的监督、反不正当竞争、保护消费者权益等便是私法公法化现象;而国家作为民事主体的政府行为则是公法私法化现象。公私法融合现象造成了两者之间界线不清。

对此,应客观分析,正确看待,否则便会无所适从、盲目否定。首先,私法公法化现象实际表明:国家干预旨在维护当事人之间的平权关系,以保护经济活动的顺利进行。它不仅不影响私法的客观存在,而且在某种程度上促进其发展。民事法律关系虽然体现着当事人的意志,但其产生,变更和消灭也都体现着国家的意志。国家借助民事法律关系这个形式,用其强制力保证当事人的权利与义务的实现。其次,公法私法化现象实际说明民事主体范围的扩大,国家开始作为平等民事主体出现在民事活动中,使政府行为私法化了。目前,我国的政府行为在民事活动中已改变或正在改变“行政化倾向”,努力保持“平等关系”。如果对此采孤立静止态度,必然产生片面或盲目否定。

总之,公私法融合现象不会引起界线不清。问题的关键在于如何正确对待国家在经济生活中的出现。这种出现既有国家干预,也有国家介入。对此,笔者拙见,应抓住“法律关系是否平等”这个关键。如果政府行为为上位,为旨在保护私法的国家干预;如果政府行为与当事人为平权关系,则为国家介入民事活动,属平等民事法律关系。暂且将此拙见称为“法律关系说”。采此说不仅能正确区分政府行为的性质,正确看待上述融合现象,而且还能弥补“三大划分说”中主体混乱之不足。不仅如此,公私法兼备的中国经济法,其归属或身份问题争论由来已久,采此说将有助于经济法与民法界线之定位,也有利于公私法划分及私法的发展。公私法的差异是一个客观存在,不以人们主观意志为转移。私法是商品经济的直接反映,商品经济是其进化的动力,两者的存在与发展息息相关。私法虽历经沧桑,内涵屡有变迁,但其本质始终未改。目前,我国的经济基础和上层建筑许多领域都发生深刻变革,私法在我国的发展不仅符合客观规律,而且也是一种历史必然。

①冯卓慧:《罗马私法进化论》,陕西人民出版社,1992年9月第1版,第3页。

②梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社,1995年1月第1版,第4页。

③周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆,1994年第1版,第73页。

④《马克思恩格斯全集》第3卷,第63页。

⑤张乃根:《西方哲学史纲》,中国政法大学出版社,1993年9月第1版,第220页。

⑥王立民:“清末中国从日本法中吸取德国民法”,刊《法学》1997年第1期,第55页。

⑦梁慧星:《民法总论》,法律出版社,1996年8月第1版,第14页。

⑧周楠等:《罗马法》,群众出版社,1983年12月

第1版,第55页。

⑨孔庆明等:《中国民法史》,吉林人民出版社,1996年1月第1版,绪论第2页。

⑩转引自梁治平《法意与人情》,海天出版社,1992年12月第1版,第63页。

⑪李景禧等:《台湾民商事法研究》,法律出版社,1996年5月第1版,第3页。

⑫⑬米也天:《澳门民商法》,中国政法大学出版社,1996年3月第1版,序(江平撰)第1页。

⑭陶希晋:“关于民法起草工作中的几个问题”,收《民法学论文选编》(第一辑),西北政法学院民法教研室编,1982年10月,第55页。

⑮程信和:“公法、私法与经济法”,刊《中外法学》,1997年第1期,第11页。