



专题：  
民法典编纂研究

《北大法律评论》(2018)  
第19卷·第1辑·页1—39  
Peking University Law Review  
Vol. 19, No. 1, 2018, pp. 1-39

## 私法范畴与民商合一时代的私法整合尝试

——以民法典编纂为时代背景

谢 潇\*

### The Sphere of Private Law and the Attempt to Intergrate Private Law in the Times of the Unification of Civil Law and Commercial Law: The Codification of Civil Law as the Background

*Xie Xiao*

**内容摘要:**就历史沿革而言,私法范畴在素材上体现出浓厚的古典色彩,即私法主要来源于罗马私法。潘德克顿法学在处理私法范畴的问题上采取了较为保守的做法,其以罗马私法为素材,借由主观剪裁与体系方法将罗马私法转化为抽象的一般私法,并最终塑造了“民法(一般私法)-特别私法(主要是商法)”的框架体系。尽管在一般私法,即民法意义上,体系已经相对完善,但对于囊括民法与商法(也包括其他特别私法)在内的全部私法而言,体系问题仍未彻

\* 法学博士,重庆大学法学院讲师。

本文系中央高校基本科研业务费专项项目“民法总则基础理论研究——以潘德克顿法学为中心”(项目编号:106112017CDJXY080007)的阶段性成果。

底解决。对于我国而言,囿于法律继受之限制,民法典编纂应当维持潘德克顿体系,但是,在原则层面上,以抽象平等、意志自由、伦理谦抑与交易庇护来界定私法之范畴,不仅在价值上颇为可取,而且亦可在较为宽泛的意义上塑造全新的、作为整体的私法范畴及其体系,最终在法学层面上实现对潘德克顿体系的某种超越。而在此私法范畴认知基础上,应当正视我国私法继受的客观性与长期性,注意区分立法体系与法学体系,重视现代私法基本原则的中枢作用,以便缔造既富有学术底蕴,又可回应现实问题的中华私法学。

**关键词:**私法范畴 私法素材 私法体系 私法原则 民商合一 民商分立 民法典

## 一、问题的缘起

中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,其中明确提出“加强市场法律制度建设,编纂民法典”,这使得编纂民法典成为我国社会主义法治建设的一项重要任务。2017年3月15日,第十二届全国人民代表大会第五次会议表决通过了《民法总则》,这也使得我国民法典的编纂踏出了坚实的第一步。恰如崔建远先生所言,编纂我国民法典必须摆正民法典与哲学、民法与商法、原则与规则等数对关系。<sup>〔1〕</sup>而作为民法与商法,乃至其他特别私法(或曰民事特别法)上位概念的私法,其范畴无疑值得细细品味与探究。不过,仅就认识与研究的困难程度而言,讨论“私法范畴”,无疑具有一定难度,乃因欲在详尽俯览私法源流与具体现象之前,便觊觎得窥其本质,不啻为空中楼阁之举。诚如法国哲学家米歇尔·福柯所言,“概念的历史不是一砖一石构造起来的建筑”<sup>〔2〕</sup>,概念的形成常常并不符合逻辑所要求的严格条件。概念作为对一定现象、价值与事实的描述与抽象,承载着社会与历史之负担,裹挟着因素材的广泛性与杂糅性而与生俱来的不完备性以及高度抽象性。职是之故,私见以为,对于私法范畴的考察,应当在三个层面上展开:其一,私法素材之考察,其旨趣在于从广义法源的角度,探寻私法的具体历史展现;其二,私法体系之考察,其目的在于明晰私法之形式特征;其三,私法原则之慎思,其要义在于获知私法之价值内核及其内在发展动力。而借由私法素材、私法体系以及私法原则之考察,方可于历史、形式与价值层面形成对于私法范畴的虽然宏观但却不失精致的清晰认知。而在获取对私法范畴较为清晰认知的基础上,或许才可以对民商合一时代的私法整合提出一

〔1〕 参见崔建远:《编纂民法典必须摆正几对关系》,载《清华法学》2014年第6期,第43页。

〔2〕 米歇尔·福柯:《知识考古学》,谢强、马月译,生活·读书·新知三联书店2007年版,第60页。

些尝试性建议。

## 二、私法与罗马法：罗马法作为私法素材与观念上的渊源

优士丁尼《学说汇纂》中记载了古罗马法学家乌尔比安的一段著名法言：“对于法律学习而言，分为两大分支，即公法与私法，公法关乎罗马国家共同体的根基，私法则涉及个人的利益。”〔3〕这开创了罗马法上公法与私法的二元分立。从乌尔比安的定义中，我们似乎能够清晰地识别私法之定在，即涉及个人利益的法。不过这一界定仍然显得十分抽象。事实上，罗马法的法律渊源极为复杂，例如德国法学家鲁道夫·佐姆(Rudolph Sohm)便指出，罗马法意义上的“私法”，囊括了自然法、万民法和市民法三大法律类型。〔4〕其中，自然法则系优士丁尼民法大全编纂时对古老的市民法与万民法分类的添加〔5〕，而仅就市民法与万民法而言，两者之和几乎可以说是罗马法的全部。〔6〕

严格来说，罗马人的这一分类是不科学的，乃因自然法、万民法与市民法的分类标准系法所能适用之主体与对象，故而就形式逻辑而言，似乎公法也可以分为这三种类型的法。然而在罗马法中，却并没有对公法做过相应的分类，后世关于罗马公法的论述，与其说是对法律的研究，不如说是关于罗马政治的探索。〔7〕德国法学家蒂堡甚至直言不讳地用“政府之法”，或曰“政治法”这一术语来指称罗马公法。〔8〕抚卷深思，窃以为，之所以将私法作为此三分法之范畴，原因有三。

第一个原因是，罗马时代的法学并不像现代法学那样重视逻辑上的连贯

---

〔3〕 Justinian, *The Digest of Justinian Vol. 1*, Translation Edited by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 2.

〔4〕 在罗马法上，所谓市民法，即适用于具有罗马公民权的人的法律，所谓万民法，即适用于一切民族的法律。市民法具有固有法的特点，本身是罗马人习惯的法律化，而万民法更具有一般法的特点。德国法学家 Sohm 认为，罗马的万民法受哲学与商业贸易的双重影响而受影响，是罗马法中较市民法更具有理性色彩的部分。See Rudolph Sohm, *The Institutes: A Textbook of the History and System of Roman Private Law*, translated by James Crawford Ledlie, Oxford at the Clarendon Press, 1907, pp. 70-73.

〔5〕 对比《盖尤斯法学阶梯》便可知，早期的罗马法主要分为市民法与万民法，并无自然法这一类型。在盖尤斯的分类体系中，万民法包含自然法，因为万民法乃是根据自然原因适用于一切人，为所有的民众共同体所共同遵守的法。参见盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 1 页。

〔6〕 例如，彼得罗·彭梵得便论述到：“真正所讲的私法，即调整公民个人间关系的法，在《法学阶梯》中分为三部分：自然法、万民法和市民法。”参见彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 7 页。

〔7〕 Vgl. Ferdinand Walter, *Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian, Erster Teil, Das öffentliche Recht*, 3. Aufl., 1860, S. 11ff.

〔8〕 Vgl. Anton Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, Erster Band, 1. Aufl., 1803, S. 201.

性。实际上,在区分自然法、万民法与市民法这三种法律类型之前,罗马人便已经前置性地将这种分类限定在私法之中。换言之,私法即是这种三分法的范畴。对于罗马法学家而言,他们并没有为了逻辑上的连贯性而将希腊哲学式的对于体系的顶礼膜拜引入罗马法之中,他们甚至没有对一系列重要的法律术语下定义。<sup>[9]</sup>恰如罗马法学家 Iavolenus 所言:“市民法中的所有定义都是危险的”(Omnis definition in jure civili periculosa est)。<sup>[10]</sup>罗马法对法律中的定义与概念持保守而审慎的态度。对于罗马法律人而言,裁判案件的实际需要与现实可行性比体系更为重要。<sup>[11]</sup>因此,尽管将私法区分为自然法、万民法与市民法并不符合严格意义上的形式逻辑,但罗马人却并没有觉得有什么问题。

第二个原因是,与公法相比,罗马私法的内容要庞大丰富得多,以至于在罗马人的潜意识里,所谓法律,绝大多数情况下指的都是私法。以优士丁尼《学说汇纂》为例,按照罗马人的观念,除了第 47 卷所涉及的刑法因主要是规制罗马法上“公犯”的缘故而可纳入公法之列以外,其余多达 49 卷的内容均可归入私法。<sup>[12]</sup>而作为民法大全四部分中篇幅最长的作品,《学说汇纂》多达 49 卷的私法内容足以证明私法范围的广博性。在用这种三分法对罗马法进行分类的过程中,私法作为隐含条件而被承认,而公法则被忽略了。

[9] See Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, p. 139.

[10] M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Sixth Edition, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1994, p. 47.

[11] *Supra* note[9], p. 139.

[12] 按照优士丁尼所颁布的 Tanta 敕令中的说明,《学说汇纂》包括 7 个部分,第一部分为头编,包括第 1 至 4 卷,第 1 卷主要涉及的是法的一般理论,法的渊源、人的身份、物的分类、长官的各种职责,第 2 至 4 卷涉及诉讼;第二部分为审判,包括第 5 至第 11 卷,其中第 6 至 11 卷实际上属于实体法的内容,涉及原物返还、用益权、役权、侵权、地界调整等;第三部分为物法,包括第 12 卷至第 19 卷,涉及借贷、盗窃物的返还、针对船舶经营人的诉讼、特有产、抵销、合伙、买卖、互易等;第四部分为中心卷,主要内容为交易,包括第 20 卷至第 27 卷,涉及抵押、退货之诉、关于就追夺担保提出来的双倍返还要式口约、借贷、海运借贷、证书、证人、证据、推定、婚约、婚姻、嫁资、监护和保佐;第五部分为遗嘱,包括第 28 卷至第 35 卷,涉及各种遗嘱;第六部分主要内容为继承和侵权,涉及遗产占有、关于亲等和姻亲关系的法律、法定继承和遗嘱继承、新施工警告、潜在损害担保、解放奴隶、取得所有权和占有的方式、财产的留置和出售、诈欺债权人之避免、抗辩、时效、债务和诉讼等;第七部分以要式口头约定、私犯和犯罪、上诉、各种地方事务的管理为内容。由此可以看出,《学说汇纂》中的绝大部分内容均为私法以及私法上利益的维护(诉讼),在罗马人并不区分实体法与程序法的观念下,《学说汇纂》中的绝大部分内容均属于私法。当然,这并不是说罗马公法数量就很少。事实上,罗马公法主要存在于《优士丁尼法典》与《优士丁尼新律》中。优士丁尼于公元 533 年组织编纂《学说汇纂》时,乃是从几十位罗马法学家的著作片段中整理出大量片段,并分题汇编为 50 卷,在民法大全中属于篇幅最大的。故而可以说《学说汇纂》乃民法大全中相对而言最重要的部分。参见徐国栋:《民法对象研究》,法律出版社 2014 年版,第 64—65 页;参照赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺 二十世紀ドイツにおける展開を中心に』,成文堂 1989 年版,3 頁;vgl. Karl Bucher, *System der Pandekten oder Versuch einer wissenschaftlichen Darstellung des Justinianischen Privatrechts*, 3. Aufl., 1822, S. 10—11.

第三个原因是,在罗马人的观念中,法(ius)不同于法律(lex),前者具有习惯法与自然法的因素,而后者则是由民众或者执法官(magistratus)所创设;前者关乎私人利益,而后者主要涉及罗马城邦的管理与公共生活,而在此意义上,罗马人观念中的“法”(ius)、“市民法”(ius civile)与“私法”(ius privatum)便在原初意义上具有了同一性。<sup>[13]</sup> 这一点甚至深深影响了后世的民法学说与实践。例如,著名的法国罗马法学家雨果·多诺便在《市民法评注》第2卷第7章第1节明确指出罗马法学家所言之市民法其实就是私法。<sup>[14]</sup> 而这一点使得后世的民法在概念与精神上与私法相契合成为可能。<sup>[15]</sup>

由乌尔比安的论述可以得知,罗马人观念中的公法仅“见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中”。<sup>[16]</sup> 换言之,唯有宗教法与国家行政法才隶属于公法。在这之外,均可以归入私法的范畴,故而私法也就自然而然地变得庞大与重要起来。不过,以现代法学之视角反观之,也有学者敏锐地指出,因拉丁语欠缺“个人的”与“社会的”对应术语,所以在乌尔比安的论断中仅仅反映国家与个人之间的对立。而由于“社会”这一概念的阙如,故而在社会利益与个人利益重合之时,大量调整私人关系的法律又被纳入罗马公法的范畴。<sup>[17]</sup> 职是之故,私法在罗马法中仅仅是一种暧昧的、不稳定的观念存在,它象征着罗马人对自由的热爱与国家对私人的尊重,不过尚未成为一个明晰的法律概念。

### 三、私法与“历史-潘德克顿”法学:私法与私法学的纯粹化

倘若将视野移转到现代罗马私法的研究,便能够得到一幅逻辑上更为明晰,视野上更为宽广的画卷。例如,意大利罗马法学者洛瓦托(Andrea Lovato)、普利亚蒂(Salvatore Puliatti)与马罗蒂(Laura Solidoro Maruotti)认为,罗马私法包括私讼、人法、婚姻与家庭法、法律行为法、财产法、债法、继承法和赠与法八个部分。<sup>[18]</sup> 另一位意大利罗马法学者瓜里诺(Antonio Guarino)则

<sup>[13]</sup> 参见李中原:《欧陆民法传统的历史解读——以罗马法与自然法的演进为主线》,法律出版社2009年版,第13页。

<sup>[14]</sup> Hugo Dollenus, *Opera Ominia*(Tomus Primus), Roma: Typis Josephi Salviuggi, 1828, p. 223. 转引自李飞:《取得方式与(市)民法的体系化》,中国政法大学出版社2015年版,第6页。

<sup>[15]</sup> 值得注意的是,在罗马法史上首次明晰化私法的努力是由《十二表法》完成的,这一规范性法律文件系属法律(lex),但却包含了许多私法(ius)的内容,这一点也说明了罗马人观念中对严格分类逻辑的不重视。Cfr. Aldo Petrucci, *Corso di Diritto Pubbico Romano*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 191.

<sup>[16]</sup> 同前注[6],第7页。

<sup>[17]</sup> 参见前注[6],第7页。

<sup>[18]</sup> Cfr. Andrea Lovato, Salvatore Puliatti, Laura Solidoro Maruotti, *Diritto Privato Romano*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2014, p. 24, 149, 188, 216, 246, 434, 626, 790.

认为,罗马私法包括人法、绝对法律关系法与相对法律关系法三个部分,其中人法包括资格法与继承法,绝对法律关系法包括占有、家庭法、所有权法、他物权法,而相对法律关系法只包含债法,同时,债法又可以进一步被划分为合同法、非合同责任法以及侵权责任法。<sup>[19]</sup> 德国著名罗马法学家卡泽尔(Max Kaser)则指出,罗马私法在内容上包括人与家庭法、物权法、债法与继承法四个具体部分,这几乎就是《德国民法典》分则的翻版。<sup>[20]</sup> 卡泽尔等法学家对罗马私法范畴的界定沿袭自罗马法学家斯凯沃拉(Scaevola)将市民法划为继承法、人法、物法与债法的分类<sup>[21]</sup>,但罗马私法在逻辑与体系上更为严谨与清晰的学术表述,却是缘于潘德克顿法学(包括历史法学派中的罗马学派)对罗马私法的高度学术化研究。

潘德克顿法学对私法范畴的形成具有举足轻重的作用。在历经康德、普芬道夫、沃尔夫以哲学的方式连贯性地塑造法的体系之自然法学以及胡果、萨维尼倡导法学须重视法律历史性质之历史法学的双重洗礼之后<sup>[22]</sup>,潘德克顿法学承继了源于哲学的体系思维与源于史学的历史思维<sup>[23]</sup>以及具有限定性的法学与立法科学的定义,同时也超越了对《学说汇纂》固有体系不加任何变更而通过评注实现“罗马法现代运用”<sup>[24]</sup>的狭隘性。其秉承德意志自中世纪肇始的罗马法继受事实<sup>[25]</sup>,以罗马私法为素材,逐渐明晰地界定了私法的范畴。潘德克顿法学所展开的私法范畴明晰化运动分为以下三个步骤。

#### (一) 法学与国家法学的区隔

潘德克顿法学塑造私法的第一个步骤是,区分法学与国家法学,为法学与立法科学设置一个限制性定义。潘德克顿法学所关注的法律,为罗马法,尤其是优士丁尼《学说汇纂》中的罗马法,包括私法与刑法,且以私法为主要研究对

[19] Cfr. Antonio Guarino, *Diritto Privato Romano*, Editore Jovene Napoli, 2001, pp. 269, 413, 483, 531, 594, 626, 700, 765, 821, 875, 936, 972.

[20] Vgl. Max Kaser, *Das Römischen Privatrechts*, 2. Aufl., 1960, S. 268, 373, 474, 668.

[21] *Supra* note[9], p. 136.

[22] Vgl. Susanne Hähnchen/Friedrich Ebel/Georg Thilman, *Rechtsgeschichte: Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*, 4. Aufl., 2012, S. 303—304.

[23] 萨维尼首创将法学定性为是一门历史性科学与哲学性科学的统一学科,并由此引出了法学的历史性研究方法与体系性研究方法。参见萨维尼、格林:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,胡晓静校,法律出版社2014年版,第17—20,21—32,70—74页。

[24] See Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, Translated by Tony Weir, Oxford University Press, 1995, pp. 159-160.

[25] Vgl. Heinrich von Dernburg, *Pandekten, Ester Band, Allgemeiner Teil und Sachenrecht*, 7. Aufl., 1902, S. 4—7.

象。例如,萨维尼<sup>[26]</sup>在论及其法学方法论时,便为法学与立法科学做了这样的定义:“法学或立法科学的概念:从历史的视角对特定时代某个国家的立法职能进行阐述。不涉及国家法。只包括私法与刑法。”<sup>[27]</sup>由于从广义的角度来说,刑法其实也应当排除在国家法(公法)之外,而属于私法。<sup>[28]</sup>故而可以认为,潘德克顿法学的研究对象仅指私法,或者说其研究旨趣主要偏向私法。

这一界定本身也许难谓科学,但却包含了潘德克顿法学自历史法学处承继而来的关于法律的观念。作为历史法学派的开创者,受 Schelling“法的有机论”(Organismuslehre des Rechts)之影响,萨维尼开创了法渊源的“民族精神”(Volkgeist)学说。<sup>[29]</sup>根据这一学说,法律是一个民族的法律,每一个民族都有其特有的法,一切法都来源于特定的“民族精神”。<sup>[30]</sup>同时,在法律的发展过程中,法律并不是以狂飙突进的方式实现突变,而是像语言那样,随着历史的推移而潜移默化——法律就是“民族的共同信念”。<sup>[31]</sup>萨维尼在《当代罗马法体

[26] 尽管在严格意义上,萨维尼应当归属于历史法学派,而不能绝对地纳入潘德克顿学派的范围(例如维亚克尔便将潘德克顿学派置于萨维尼的历史法学派之后),但由于潘德克顿学派对萨维尼体系理论的继承与发展属性,故而此处仍然将萨维尼作为更为宽泛意义上的潘德克顿学派,即重视罗马法源与体系塑造之流派的法学家对待。在本文中,历史法学与潘德克顿法学因其传承关系而不做严格区分,故而小标题定为私法与“历史-潘德克顿”法学。

[27] 同前注[23],第1页。值得注意的是,在18世纪时,德国哥廷根学派代表人物普特(Pütter)认为私法包括两大部分,即民法与刑法,在普特的理论体系里,民法仅仅只是不包括刑法的私法的那一部分(参见杨代雄:《古典私权一般理论及其对民法体系构造的影响》,北京大学出版社2009年版,第57页)。而费希特则又有不同于普特的观点,其认为应当将民法区分为狭义的民法与广义的民法,狭义的民法“规定了每个公民的权利可以发展到什么程度,从而构成每个人与一切其他个人在国家中的法律关系的基础”,而广义的民法则包括:“(1)规定财产契约的精神在各行各业的具体运用,(2)规定破坏法权关系的人应当受到的惩罚,即刑法。”由此,我们可以发现,费希特所认知的民法,或者说私法具有特殊性,其认为“契约-赋权法”属于狭义的民法,而刑法(包括侵权法)在广义上也应当纳入民法之列(参见张东辉:《费希特的法权哲学》,中国社会科学出版社2010年版,第108页)。而在萨维尼处,我们可以发现,私法已经与刑法在内涵与外延上脱钩了。不过将刑法纳入私法的传统观点一直具有影响力,甚至直至现代,在法国法上,刑法也被传统地归入私法,因为“刑法经常针对那些侵犯个人所拥有的权利的行为,个人有权因此求助于刑法”(参见雅克·盖斯旦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫-马南:《法国民法总论》,陈鹏、张丽娟、石佳友、杨燕妮、谢汉琪译,法律出版社2004年版,第70页)。

[28] 参见杨代雄:《古典私权一般理论及其对民法体系构造的影响》,北京大学出版社2009年版,第57页。

[29] Vgl. Herman U. Kantorowicz, Volksgeist und Historische Rechtsschule, *Historische Zeitschrift*, Bd. 108, H. 2(1912), S. 316.

[30] Kantorowicz, a. a. O., S. 313.

[31] 萨维尼对“民族精神”学说在其名著《论立法与法学的当代使命》中有精彩的论述:“在人类史展开的最为远古的时代,可以看出,法律已然秉有自身确定的特性,其为一定民族所特有,如同其语言、行为方式和基本社会组织体制。不仅如此,凡此现象并非各自孤立存在,它们实际乃为一个独特的民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向,而向我们展现出一副特立独行的景貌。将其联结一体的,乃是排除了一切偶然与任意其所由来的意图的这个民族的共同信念,对其内在必然性的共同意识。”参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·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。

系》第一卷中进一步论述到：“如果我们根据现在所取得的立场对于全部法进行思考，那么我们可以将法区分为两大领域：国家法（Staatsrecht）和私法（Privatrecht）。前者以国家作为对象，国家是民族的有机表现形式；后者以全部法律关系作为对象，这些法律关系环绕于个人周围，由此在这些法律关系中，个人具有了内在生命，构成了一个确定的形式。”<sup>〔32〕</sup>缘何会有这样的论述呢？例如，为何全部法律关系均属于私法的范畴呢？这源于萨维尼对国家的定位。在萨维尼看来，国家是一种“精神性的民族共同体的实在形态”。<sup>〔33〕</sup>换言之，国家就是民族精神本身。因此萨维尼认为：“国家产生也是法产生的一种方式，甚至是法产生的最高阶段。”<sup>〔34〕</sup>在萨维尼看来，国家法并不会介入到各种具体的法律关系之中，在各种具体的法律关系中，个人是目的。与之相反，在国家法中，国家是目的，个人只是处于从属状态。因为民族只有形成了国家，这一民族才能获得真正的人格（Persönlichkeit），而唯有以民族人格为前提，法律才能得以作为具象化与客观之物与个人相结合。<sup>〔35〕</sup>因此，依照萨维尼的观点，尽管国家法通过民事程序法与不考虑个人利益的惩罚法，为维护国民之个人利益提供了一个制度性框架，甚至国家法就是作为最高法律渊源的“民族精神”本身而存在的，但由于具体的法律关系只能存在于个人之间，因此私法便应当成为法学的主要研究对象。萨维尼的“民族精神说”将私法定位为一个具有历史性格的自在自为的有机体，其在法源意义上彰显了私法领域的自治诉求与排斥国家干预的隐喻性申张。<sup>〔36〕</sup>

而与之形成鲜明对比的是，作为萨维尼主要论战对手的蒂堡却对法学将自身禁锢于私法的做法持强烈否定态度。蒂堡在1803年出版的《潘德克顿法体系》一书中将潘德克顿法区分为总论、公法与私法三个部分，详尽地讨论了被大多数罗马法学家所忽略的公法。<sup>〔37〕</sup>这也与蒂堡与萨维尼在关于《德国民法典》编纂的论战中的态度不谋而合——在蒂堡看来，一部德意志的统一民法典将能够促进当时处于分裂状态的德意志各邦的交流与联系及市民的幸福。<sup>〔38〕</sup>也许蒂堡更想阐明的道理是，一部统一民法典的编纂与生效将极大地推动德意志的政治统一。基于政治方面的考量，蒂堡格外重视潘德克顿的公法研究，其引入

〔32〕 同前注〔31〕，第23页。

〔33〕 同前注〔31〕，第23页。

〔34〕 同前注〔31〕，第23页。

〔35〕 参见前注〔31〕，第24—25页。

〔36〕 参照兄玉宽「古典の自治論の法源論の基礎」，原島重義編『近代私法の形成と現代法理論』，九州大学出版会1996年版，119頁以下。

〔37〕 Vgl. Thibaut (Fn. 8), S. 23, 203; Anton Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, Zweyter Band, 1. Aufl., 1803, S. 17.

〔38〕 参见蒂堡：《论统一民法对于德意志的必要性》，朱虎译，中国法制出版社2009年版，第35页。



了一系列新颖概念,力图将国家法与私法整合到统一的潘德克顿体系之中。不过,萨维尼的观念以及海瑟所开创的“潘德克顿体系”<sup>[39]</sup>仍旧取得了绝对优势。例如,作为潘德克顿法学典范的温德沙伊德《潘德克顿法教科书》便基本上只论述了私法的内容<sup>[40]</sup>,而其他著名潘德克顿法学家,如邓思伯格(Dernburg)、普赫塔等,他们的著作也存在类似的情况。<sup>[41]</sup>甚至蒂堡本人到最后也未能将自己的观点与体系贯彻到底,在其潘德克顿教科书最后的第八版,蒂堡仍然受海瑟体系的影响,将原有的公法与程序法内容删去,而只保留了私法的部分。<sup>[42]</sup>由此,潘德克顿法学便在法学的任务方面作出了令人印象深刻的自我限定,在潘德克顿法学的视野内,恰如萨维尼在论述法律关系时的克制与谨慎所展现的那样——“现在应进一步阐明属于私法的法律关系的本质;只有这些法律关系才属于我们的任务范围,因此,从现在起,它们就被我们称为‘法律关系’(Rechtsverhältnisse),而不带任何限制性的附加语词”<sup>[43]</sup>——私法被作为了法学对象的全部。因此,到此为止,可以断言,潘德克顿法学及其主张,因其范畴的自我约束性而仅于私法领域具有普适价值。

## (二) 抽象总则的创设

第二个步骤是,引入总则,构造私法体系的逻辑基石。在罗马法时代,我们可以非常直观地感受到私法这一概念源于罗马人对国家与个人以及家父与家子之间关系的态度与观念。在罗马时代,尽管不同时期存在一些差异,但有一个值得关注的共同现象:罗马人对自由的热爱与对私域的尊重。在共和国时期,罗马人实现了政教分离,他们以设立作为荣誉性职位的大祭司的方式,使宗

[39] Vgl. Arnold Heise, *Grundriss Eines Systems des Gemeinen Civilrechts Zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, 3. Aufl., 1819, S. 3, 18, 30, 65, 78.

[40] Vgl. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, 3. Aufl., 1870, S. 1, 37, 86, 376; Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Zweiter Band, 3. Aufl., 1870, S. 1, 780; Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Dritte Band, 3. Aufl., 1870, S. 1.

[41] Vgl. Heinrich von Dernburg, *Pandekten, Ester Band, Allgemeiner Teil und Sachenrecht*, 7. Aufl., 1902, S. 1, 391; Heinrich von Dernburg, *Pandekten, Zweiter Band, Obligationenrecht*, 4. Aufl., 1894, S. 1; Heinrich von Dernburg, *Pandekten, Dritter Band, Familienrecht und Erbrecht*, 2. Aufl., 1887, S. 1, 93; Georg Friedrich Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, 1. Aufl., 1838, S. IX ff.

[42] 参见薛军:《略论德国民法潘得克吞体系的形成》,载《中外法学》2003年第1期,第17页。

[43] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《当代罗马法体系I:法律渊源·制定法解释·法律关系》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第257页。

教不至于干涉政治。<sup>[44]</sup>同时,在驱逐了国王之后,罗马人选择让经由民众选举,任期只有一年的执政官、裁判官、行政官、监察官等公共官员分享国王的国家权力。<sup>[45]</sup>由此,罗马人便在宗教与政治的双重意义上限制了国家对私域的干预能力。即使在帝政时代,在戴克里先改革之前<sup>[46]</sup>,罗马国家也从未建立起一个可以对私域予以充分干预的公共权力体系,罗马国家一直欠缺一种精致而高效的官僚制组织,国家权力功能仅局限于直接的“国家理由”(Staatsraison)所必需的范围内。<sup>[47]</sup>而与罗马政治状况相契合的,便是罗马人私域的广大以及随之在法律层面上所展现出的私法范围的无垠与私法内容的庞杂。当然,值得注意的是,在罗马人那里,私法并非实证法意义上的法律部门,其更像是一种单纯的抵御国家公权力干预的法律观念。例如,在著名的《十二表法》(La Legge delle XII Tavole)中,便同时具有公法与私法的内容<sup>[48]</sup>;甚至在罗马法史上法典化程度最高的优士丁尼《民法大全》中,我们也只能看到根据盖尤斯的《法学阶梯》所塑造的法律的一般体系,而私法则几乎以杂乱无章的形式排列于《学说汇纂》之中。罗马人并没有把私法视为现代法意义上的法律部门,也没有做出任何将私法自其他法律渊源剥离出来使之纯粹化的努力。

不过,对于潘德克顿法学而言,科学的法律(或者说科学的私法)必须被塑造为一个具有逻辑性的体系,因为一座无漏洞的“概念金字塔”(Piramide Concettuale)是法律科学化所不可或缺的要件。<sup>[49]</sup>而为了实现这一目标,潘德克顿法学在对罗马私法进行的过程中,通过“提取公因式”(vor die Klammer zu ziehen)的抽象法律技术,在物权法、债法、家庭法与继承法之前,创造性地设置了“总则”(Allgemeine Teil)。<sup>[50]</sup>抽象的总则通常被置于潘德克顿法教科书的最开端,其竭力将物权法、债法、家庭法与继承法的共性内容,以

[44] 提图斯·李维在《自建城以来》第二卷中写道:“然后给予关注的是神事的问题……人们让这一职务服从于大祭司,以使对所谓的敬重不会对自由造成障碍,因为自由在当时是人民最为关注的事。”这一片段的写作背景为罗马王政时代最后一任国王傲慢者塔克文被罗马放逐之后,罗马共和国为了解决因国王缺位而导致的祭神人选阙如这一问题,设置了新的地位崇高但却欠缺实权的大祭司一职,从而限制了国家权力,实现了维护市民自由的目标。参见提图斯·李维:《自建城以来》,桑德罗·斯契巴尼选编,王焕生译,中国政法大学2009年版,第67页以下。

[45] See George Mousourakis, *Legal History of Rome*, Routledge, 2007, pp. 11-12.

[46] 罗马皇帝的专制君主权力也是在戴克里先改革之后才得以建立(参见徐家玲:《早期拜占庭和查士丁尼时代研究》,东北师范大学出版社1998年版,第58页以下)。

[47] 参见马克斯·韦伯:《支配社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2010年版,第42页。

[48] Cfr. Aldo Petrucci, *Corso di Diritto Pubblico Romano*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 191.

[49] Cfr. Karl Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano: Giuffrè Editore, 1966, p. 23.

[50] Vgl. Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, S. 144-145.

更为抽象的形式,普适性地汇总起来。总则技术的使用实现了潘德克顿罗马私法的体系化,并且以十分清晰的方式界定了私法的范畴与边界。当然,仍须予以提示的是,尽管潘德克顿法学在学说系谱上乃历史法学之苗裔,但严格来说,潘德克顿法学系自然法要素与罗马法要素交相呼应之产物,“总则”之理念与技术显然在一定程度上受到了自然法理论的影响。<sup>[51]</sup>

### (三) 封闭私法体系的构造

最后一个步骤是,借由概念法学而塑造一个封闭的私法体系。在引入了总则技术之后,潘德克顿法学得以在素材与范畴均十分明晰的范围内研究罗马私法,并在罗马法素材的基础上进一步抽象出素材中所包含的理性因素。凭借罗马法作为德意志普通法这项实证法意义上的前提与基础<sup>[52]</sup>,潘德克顿法学将罗马私法一举转变为可供德意志继受的理性化一般私法。在德国法学家 Gerber 看来,正是因为体系思考方法的运用,才令德国人得以依自身的民族精神全面掌握罗马法,并进一步将罗马法锻造为德意志法,从而完成对罗马法的继受<sup>[53]</sup>,最终实现耶林所言之“借由罗马法而超越罗马法(durch das römische Recht aber über dasselbe hinaus)”<sup>[54]</sup>之伟大目标。在潘德克顿法学的努力下,以总则为开端,包括物权法、债法、家庭法与继承法这些具体法域的私法体系最终得以被塑造。而在这一封闭体系中,潘德克顿法学家们认为能够经由概念计算而回应现实法律的需求。方法论意义上的潘德克顿法学,或者说概念法学的目标有三:无漏洞之教条(Lückenlosigkeit)、建构主义(Konstruktivismus)与颠倒方法(Inversionsmethode)<sup>[55]</sup>。具体而言,即借由对罗马私法历史素材的精致分析与归纳整理,抽象出私法的一般观念,然后再以一般观念(萨维尼更富有浪漫主义气息地在法源意义上将“民族精神”作为最为一般的观念)作为演绎的逻辑起点,推演出一个庞大的私法体系。而在推演的过程中,“将概念置于法学方法的显微镜下辨明其相互之间的关系”<sup>[56]</sup>,从而在体系内部实现概念的严密定义与区分以及法概念与法规则的统一<sup>[57]</sup>,最终使该体系几乎能够无漏洞地处理私法纠纷。

[51] 参照赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学的実像』,成文堂 1995 年版,267 頁。

[52] 参见黄宇昕:《中世纪德国对罗马法的继受》,载《浙江工商大学学报》2006 年第 4 期,第 8—13 頁。

[53] Vgl. C. F. v. Gerber, *Gesammelte Juristische Abhandlungen I*, Jena, 1872, S. 13.

[54] Vgl. Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I*, 2. Aufl., 1866, S. 14.

[55] 参见吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社 2011 年版,第 45 頁。

[56] Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4. Aufl., 2004, S. 645.

[57] 参照耳野健二『サヴィニーの法思考—ドイツ近代法学における体系の概念』,未来社 1998 年版,266 頁。

很难说萨维尼受到了黑格尔哲学的直接影响<sup>[58]</sup>,但萨维尼与潘德克顿法学的法学家们确实是以德意志古典哲学那种特别关注抽象精神的方式在研究私法。而在历史法学及其后继者潘德克顿法学接近一个世纪的努力之后,以罗马私法为素材的私法摆脱了公法与政治的干扰,为近代科学的民法学以及范畴清晰的民法典编纂铺平了道路。尽管基尔希曼在名为《作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》的著名演讲中,严厉批评了历史法学与潘德克顿法学的私法研究倾向,认为潘德克顿法学所尊崇的沉溺于私法文化的罗马法学家们其实“是专制的忠实仆从,他们为帝国时期的独裁制度作注脚时的那种平静、那种细致入微,与共和时期呼吸着自由空气的法律作注释时完全相同。……在德国的历史上,法学家们也并没有做得更好”。<sup>[59]</sup>不过恰如维亚克尔所正确评价的那样,潘德克顿法学所奉行的实证法律科学(Positive Legal Science)与法学实证主义(Legal Positivism)两大经典教义,使法学获得了自治性与自洽性,法学得以仅使用自己体系内的概念与科学原则而实现法的推论。<sup>[60]</sup>当然,这种自治性与自洽性在很大程度上也仅以私法为界限。

#### 四、私法与民法典:民法的体系化与商法等特别私法的析出

在近代法律部门法化运动中,实证法意义上的私法以民法典的形式登上了历史舞台,譬如1756年《巴伐利亚民法典》、1804年《法国民法典》、1811年《奥地利普通民法典》、1855年《智利共和国民法典》、1863年《萨克森民法典》、1896年《德国民法典》、1907年《瑞士民法典》等。<sup>[61]</sup>这些民法典的共同特点是在素材上均以罗马私法为取材范围,在体系上均模仿或者发展了罗马法的古典体系。<sup>[62]</sup>其缘故在于,历经以罗马法为研究素材的注释法学、评论法学、自然法

[58] 事实上,黑格尔与萨维尼存在一些理念上的冲突,如萨维尼一直反对编纂一部统一的德国民法典,但黑格尔却认为“否认一个国家的法学界有法典编纂的能力是对这一国家法学界的侮辱”(Cfr. Hegel, *Linneamenti di filosofia del diritto*, trad. di V. Cicero, testo tedesco a fronte, Rusconi, 1996, p. 607. 转引自薛军:《蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产——围绕〈德国民法典编纂〉而展开的学术论战述评》,载《清华法学》2003年第3辑,第107页)。但从萨维尼的“民族精神”学说与法学方法论上,我们仍然能够观察到黑格尔精神现象学与法哲学的影响痕迹。

[59] 参见J. H. 冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期,第154—155页。

[60] *Supra* note[24], pp. 341-343.

[61] 参见陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011年版,第118—150页。

[62] 不过客观来说,法典化思想尽管也有对优士丁尼立法这一罗马立法运动的模仿,但也具有18世纪自然法学深刻影响的因素,故而也常常被称为“自然法的法典化”(Die *Naturrechtskodifikationen*),这一点在《法国民法典》《普鲁士普通邦法》和《奥地利民法典》上体现得尤为明显。Vgl. Reinhard Zimmermann, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanipation durch "Auseinanderdenken"*, in: Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Jens Peter Meincke, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, S. 2—6.

学、历史法学以及潘德克顿法学之后,在当时的欧洲人,尤其是欧陆人看来,“罗马法即本国所固有之法”(das römischen Rechte war ihr das Recht)<sup>[63]</sup>,其堪称欧陆之共同法(ius commune)<sup>[64]</sup>。而对于德意志而言,罗马法继受还具有政治上的考虑:第一,早在德意志神圣罗马帝国时期,罗马法便因历史传承因素(德国人认为德意志民族的神圣罗马帝国系古罗马帝国的传承)而被视为皇帝法(Kaiserrecht),成为德意志境内的“帝国普通法”(des Reiches gemeines Recht)<sup>[65]</sup>。第二,在神圣罗马帝国解体后,伴随着绝对主义君主制的强盛,德意志各邦国君主的权力大为扩张,而为了实现富国强兵的目标,君主们迫切需要统一国内法律,以改变封建庄园法的混乱状态,增强自身支配力,整合国家力量,而罗马法则成为最为有力的法律统一工具。<sup>[66]</sup>正因为如此,上述民法典在一定程度上几乎都是罗马私法的近代翻版。例如,1756年《巴伐利亚民法典》便以优士丁尼《法学阶梯》为范本,将民法典分为人法(包括8章,依次为自然法与正义、法的分类、与人的身份有关的权利义务、家庭身份、父权、婚姻、监护、奴役)、物权法(包括11章,内容有所有权、时效、占有、抵押权、地役权、用益权等)、债务法(包括18章,内容有合同、无名合同、准合同等)<sup>[67]</sup>,而最为经典的罗马私法式民法典当属作为潘德克顿法学作品的《德国民法典》。<sup>[68]</sup>《德国民法典》在编制体例上忠实地尊崇了海瑟所开创的潘德克顿法学教科书五编制体例,只是与海瑟的体例相比,《德国民法典》将债务关系法置于物权法之前,故而构成总则、债务关系法、物权法、亲属法和继承法之五编制结构。<sup>[69]</sup>不过,依拉伦茨之见解,在更为抽象的意义上,《德国民法典》在体系上所遵循的其实是“总则”与“分则”两分法逻辑,并且这种两分法在分则中仍有运用。例如,债务关系法便被分解为“债法总则”与“债法分则”。同时,《德国民法典》不仅在编制方面具有这种总则与分则的抽象思维,在概念方面也是如此。例如,“法律行为”一词便可以用于指称私法领域内一人或者多人所为的旨在引起私法效果的所有

[63] Vgl. Bernhard Windscheid, *Recht und Rechtswissenschaft: Eine Rede im Namen der Universität Greifswald zur Feier des Geburtstages Sr. Majestät des Königs, Friedrich Wilhelm IV von Preussen*, 1854, S. 16.

[64] Vgl. Peter Apathy/Georg Klingenberg/Martin Pennitz, *Einführung in das Römische Recht*, 5. Aufl., 2012, S. 11ff.

[65] Vgl. Richard Schröder, *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*, 1889, S. 72; 参照ミツタイス=リーベッヒ『ドイツ法制史概説』,創文社1974年版,243、244頁。

[66] 林毅『西洋法史学の諸問題』,敬文堂1982年版,99頁以下。

[67] H. シュロツサー『近世私法史要論』,有信堂1991年版,94、95頁。

[68] Vgl. Reinhard Zimmermann(Fn. 62), S. 6—7.

[69] Vgl. Dieter Leipold, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., S. 21—

意思行为。<sup>[70]</sup>《德国民法典》是19世纪以罗马私法为素材的私法教义学的产物<sup>[71]</sup>，其以较为清晰的方式界定了民法的范围，并且借由立法而把经过学术处理的罗马私法转变为德意志民法，最终在私法领域塑造了具有完备意义的形式逻辑体系(das formal-logische System)。<sup>[72]</sup>

尽管以《德国民法典》于1900年的生效为标志，德国完成了对罗马法的继受，德意志私法学也最终获得了独立科学的地位<sup>[73]</sup>，但从素材的择取范围上来说，《德国民法典》并未将所有私法的内容囊括在内。在民法典之前，早在德意志统一以前，有价证券法与商法便已经开始了统一法典化。<sup>[74]</sup>而且仅就“民法”这一术语而言，其与私法似乎也并不存在不证自明的契合关系。德语中的“民法”(Bürgerlichen Recht, Zivilrecht)一词来源于罗马法术语“市民法”(ius civile)，市民法本身的含义为适用于享有罗马市民权的人的法律<sup>[75]</sup>，其在原初意义上并无私法性格。例如，1756年《巴伐利亚民法典》的德语表述为“Das Bayerische Landrecht”，其对应的拉丁语表述为“Codex Maximilianus Bavaricus civilis”，拉丁语中民法典(Codex civilis)的德语对应词“Landrecht”原本便具有“一国(邦)之法”，即“国法”的含义。<sup>[76]</sup>不过，出于罗马私法素材的广博与“历史——潘德克顿”法学主观择取之缘故，民法与私法两大术语逐渐合流，以至于从宽泛意义上来说，民法就是私法，私法就是民法。<sup>[77]</sup>《奥地利普通民法典》第1条甚至开宗明义地规定：“规定本国居民之间私权利及义务的全部法律，构成民法。”<sup>[78]</sup>从而将民法与私法予以等同。不过，仔细审视便会发现，事实上，民法与私法的合流关系仅存在于逻辑与体系层面，甚至可以说只存在于对民法这一语词的意涵更张之上。此外，由于《德国民法典》的主要素材为罗

[70] 参见卡尔·拉伦茨：《德国民法通论(上册)》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社2013年版，第39页。

[71] Vgl. Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil, 2012, Rn. 23 ff.

[72] Vgl. Von Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., 1983, S. 20 ff.

[73] See Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law*, Translated by Francis S. Philbrick, Boston: Little, Brown, and Company, 1918, pp. 32-39.

[74] H. シュロツサー『近世私法史要論』，有信堂1991年版，147—151頁。

[75] Vgl. Manfred Wolf /Joerg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., 2012, S. 64.

[76] Vgl. Das Bayerische Landrecht (Codex Maximilianus Bavaricus civilis), vom Jahre 1756, Herausgegeben von Max Danzer, 1894, S. 1.

[77] 就宽泛意义而言，包括商法在内的特别私法亦可称之为民事特别法，故而私法与民法(尤其是实质意义上的民法)在概念与内涵上具有重合性(参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第6页)。

[78] Andreas Riedler, *Paragraph: Seitenweise Österreichische Rechtstexte für Studium und Praxis, Zivilrecht*, 10. Aufl., 2015, S. 2.

马私法,因此,游离于罗马私法之外的许多新兴私法,如票据法、公司法、知识产权法等反而被拒斥在民法典之外。对于这一规范现象,德国法学家们的理论解决路径乃是对民法与私法进行更为细致的区分。例如,德国民法学家布洛克斯便首先区分了 *Bürgerlichen Recht* 与 *Zivilrecht* 两大术语,认为 *Zivilrecht* 乃系私法 (*Privatrecht*) 的同义词,并将私法定义为“支配社会中平等个人之间关系的法的一部分”<sup>[79]</sup>,而民法 (*Bürgerlichen Recht*) 则更精致地被定义为“私法中适用于每一个人的那一部分”<sup>[80]</sup>。不过,布洛克斯仍然指出,民法与私法具有同质性,民法与其他特别私法 (*besonderen Privatrecht*) 共同构成私法的全部内容。<sup>[81]</sup> 另一位德国民法学家拉伦茨则更为直接地将民法定义为“一般私法”,其认为商法、公司法、银行法、交易所法以及海商法都属于私法,但不属于民法。<sup>[82]</sup> 倘若暂且肯定布洛克斯的理论,认同民法与私法具有同质性,那么民法与特别私法的分离便不是基于体系上的原因。就此而言,德国民法学家梅迪库斯一针见血地道出了民法与特别私法二元分立的真正原因。他指出,造成民法与特别私法分离的乃是众所周知的历史性原因——潘德克顿体系无法容纳特别私法——所造成的。<sup>[83]</sup> 这一点并不难理解,因为罗马私法中的确相对欠缺特别私法的内容,而缺少足够罗马历史素材的特别私法也确实难以被整合到民法典体系之中。我们甚至可以说,只有像罗马法这样的,失去了实际适用的活力,只存在于历史之中,因而才可以被体系化。而对于特别私法而言,一方面,因其灵活性与发展性而并不具备高度体系化的条件;另一方面,在法学层面上,潘德克顿法学仅以罗马私法为素材塑造民法,而作为特别私法的商法典、企业法、有价证券法、海商法、营业法、矿业法以及保险法却是由历史法学派的另一分支——日耳曼学派作为德意志固有法而予以研究。<sup>[84]</sup> 如此一来,众多游离于民法典之外的特别私法便使潘德克顿法学的私法体系成为一件精致但却欠缺全面性的半成品。这种学术分立现象在立法上最为典型的映射,是 1896 年《德国民法典》颁布之后,在原有的商法典基础上<sup>[85]</sup>,德国立法者颁行了新的

[79] Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, 38. Aufl., 2014, S. 8.

[80] Brox/Walker, a. a. O., S. 11.

[81] Vgl. Brox/Walker, a. a. O.

[82] 参见前注[70],第11页。当代还有一些德国学者认为,站在“公法——私法”二元结构的高度上,私法不仅仅是简单的“民法(一般私法)——特别私法”结构,而是一个以民法为核心,以诸多特别私法(*Sonderprivatrechte*)、竞争法(*Wettbewerbsrecht*)、劳动法(*Arbeitsrecht*)、知识产权法(*Recht des Geistigen Eigentums*)以及国际私法(*Internationales Privatrecht*)为外围的类似鸡蛋的复杂结构(Vgl. Kristian Kühl/ Hermann Reichold / Michael Ronellenfitsch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 2015, S. 56)。

[83] Vgl. Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Aufl., 2010, S. 9—10.

[84] H. シュロツサー『近世私法史要論』,有信堂1991年版,137頁。

[85] 在此之前,北德意志地区已经拥有了一部商法典,名为《普通德意志商法典》(*ADHGB*)。Vgl. Susanne Hähnchen/Friedrich Ebel/Georg Thielmann(Fn. 22), S. 332.

1897年《德国商法典》<sup>[86]</sup>，正式在全德意志境内将商法作为特别私法排除在民法典之外，从而最终以立法形式彰显了潘德克顿法学的主张。当然，从现代罗马法研究成果来看，仍须郑重指出的是，罗马法中并不是没有商法的内容，事实上，罗马法中存在商法<sup>[87]</sup>，只不过，一方面日耳曼法在商法中占据优越地位，另一方面潘德克顿法学家们在主观层面上也没有重视罗马商法，因此罗马商法并没有被纳入潘德克顿法学的视野。

回首潘德克顿法学的理论与实践，不免为其在素材与规则层面明晰私法范畴目标之不达而深为惋惜，乃因对于一般民众而言，与抽象原则和权力态度所界定的私法相比，一部明晰而具体的私法典显然更为直观且更能保障民众的利益与预期。而在《德国民法典》颁行之后，作为后起之秀的《瑞士民法典》与《意大利民法典》也曾致力于民商合一的私法统一化运动<sup>[88]</sup>，力图使私法的范畴更为清晰。然而事与愿违，尽管在民法典起草时，立法者已经尽力将各种私法规范纳入民法典之中，但由于私法内容的广博性、嬗变性与发展性，这一目标常常难以完全实现。以《意大利民法典》为例，其对民法典体系进行了最大限度的改造与扩张，囊括了序编、人与家庭法、继承法、财产法、债务法、劳动法、权利的保护<sup>[89]</sup>，并将公司法、保险法等商法的内容几乎全部纳入了民法典之中<sup>[90]</sup>，从而在法典编纂上实现了民法与私法的高度统一。但是，随着欧盟《消费者保护指令》的出台，意大利只好又另行颁行《消费法典》(Codice del consumo)，从而使私法与民法典仍然难以在范畴上完全契合。<sup>[91]</sup>也正因为如此，即使《德国民法典》不以潘德克顿体系编纂，由于私法的高度可变迁性，《德国民法典》恐怕也很难将私法范畴以一部法典的形式固定下来。到此为止，我们应当对私法在素材与规则层面上的范畴作出以下判断。

#### (一) 民法与私法的联系具有历史性与偶然性

私法在历史沿革意义上一直是一种观念性的存在。不过，自民法作为一种强势的立法与法学术语崛起以来，民法在罗马私法的范畴内逐渐与私法合流，民法几乎成为私法的同义词。在这样的历史嬗变过程中，渊源于罗马法的民法

[86] 参见《德国商法典》，杜景林、卢谌译，中国政法大学出版社2000年版，第1页。

[87] Cfr. Pietro Cerami, Aldo Petrucci, *Diritto commerciale romano: profilo storico*, G. Giappichelli, 2010, p. 1.

[88] 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第10页。

[89] Cfr. Francesco Caringella, Luca Buffoni, Francesca Della Valle, *Codice Civile e delle leggi civili speciali*, annotato con la giurisprudenza, Dike Giuridica Editrice, 2014, p. 23, 29, 211, 299, 621, 1743, 1979.

[90] Cfr. Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, 2013, pp. 1004-1026, 1147.

[91] Cfr. Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, Casa Editore Dott. Antonio Milani, 2013, pp. 1031-1035.



(市民法)在素材与规则层面上逐渐蜕化为“剩余法”<sup>[92]</sup>,其剩余的部分主要为私法。尽管如此,这种素材上的剩余性质却丝毫没有影响到仅以私法为素材的法学的普适雄心,民法教科书中通常都会在总论中论述法的一般理论。这一点在拉丁法族的民法与私法教科书中体现得尤为明显。例如,在法国民法学家雅克·盖斯旦与吉勒·古博所著的《法国民法总论》一书中,绝大多数内容其实是法的一般理论<sup>[93]</sup>;而现代意大利民法学家在私法教科书与民法教科书的第一部分,也主要论述的是法律、规范、法律与国家、公法与私法、主观法与客观法、法律事实与法律上的行为这些法的一般理论问题。<sup>[94]</sup>从这些国家的民法(私法)教科书中,仍旧可以观察到源于历史法学与潘德克顿法学所主张的“法学应当以私法为范畴发挥作用”这一古典观念的历史遗留痕迹。<sup>[95]</sup>

## (二) 民法典素材的局限性

在素材层面上,经过体系化的民法,作为一般私法,并未将所有私法一并纳入民法典之中。事实上,在民法典创立之前,德、法等国家便已经先行编纂了商法典。即使是像意大利那样奉行民商合一的国家,在其几乎对私法无所不包的民法典之外,也存在独立的私法渊源。因此,民法只是抽象的,以罗马私法为素

[92] 恰如桑托斯·西福恩特斯(Santos Cifuentes)所言:“民法包括其他法律部门从其内容完全分离出来之后(自罗马市民法)以来留下或剩余的东西,这些法律部门有公法、商法、诉讼法、农业法、矿业法、劳动法等。”Véase Stantos Cifuentes, *Elementos de Derecho civil*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pag. 3. 转引自徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第39页。

[93] 这本书由“法与权利”“法的渊源”和“权利的实施”三部分构成,从其整个内容来说,其更类似一本通常意义的法理学导论著作。恰如这本书所提到的,法国通说认为:“依照惯例,法国民法导论中的论述同时也可以作为对私法,甚至对一般意义上的法的引论。这一惯例的合理性恰是基于民法的重要性。从实践的角度看,民法可能已不再拥有往昔久据的首要地位。但从理论角度看,民法历史久远,并因此成为规定最为完善的法律部门。法律语汇和法律概念的形成主要得益于民法。法学家所持有的推理方法也是在民法的适用过程中得以发展和细化的。”(参见盖斯旦等,见前注[27],第1、3、185、511页)

[94] Cfr. Francesco Galgano, *Diritto, Privato*, CEDAM, 2013, pp. 3-29; Adolfo Di Majo, *Codice Civile con la Costituzione, I Trattati U. E. e le Principali Norme Complementari*, Giuffrè Editore, 2014, pp. 10-38; Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè Editore, 2013, pp. 3-46; C. Massimo Bianca/Mirzia Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè Editore, 2014, pp. 3-52. 值得一提的是,意大利著名法学家Alberto Trabucchi采取了反传统的论述方式,在其民法教科书第一部分,Alberto Trabucchi既没有论述“法的一般理论”,也没有论述“民法的一般理论”,而选择以“一般私法”(diritto privato ingenerale)为题展开论述,从而明确将私法作为最广泛意义上民法的同义词予以使用,不过仔细考察“一般私法”题下的内容,可以发现,其实论述的还是法的一般理论,并未完全摆脱“法学以私法为范畴发挥作用”的学理传统(Cfr. Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, 2013, pp. 1-99)。

[95] 由于源于罗马法的悠久的私法传统,西方的法学一般理论几乎都是以私法为范畴或者模型展开的,例如著名的格劳秀斯所著的《荷兰法学导论》中所论及的便几乎都是私法。而格劳秀斯本人则干脆地说道:“尽管公法的效力更为强大,但我们仍应优先论述私法,因为私法比公法更为古老。”(See Hugo Grotius, *The Introduction to Dutch Jurisprudence*, Translated by Charles Herbert, John Van Voorst, Paternoster Row., 1845, pp. ix-xix, 11)

材的一般私法。

### (三) 作为一般私法的体系化民法对于私法整体的指引性

体系化民法尽管无法严格界定私法的范畴,但却可能为私法范畴之明晰提供原则性的一般指引。近代民法典的编纂使私法范畴在宽泛意义上得到了清晰化表达,并且赋予了私法不同于公法的精神气质。对于其他特别私法而言,作为一般私法的民法典享有类似凯尔森纯粹法学理论中“基本规范”之地位。这意味着,在严密的民法典体系之外,以民法为“基本规范”的私法也可能具有某种松散的框架体系,各种民法典体系之外的特别私法将在此意义上成为民法的派生性规范,从而在价值与逻辑上与民法发生关联。<sup>[96]</sup> 在此意义上,民法可以被恰当地称为私法基本法。<sup>[97]</sup>

## 五、私法与现代私法基本原则:民法典时代的民商合一私法范畴勘定

### (一) 作为民商合一价值导引与体系整合手段的现代私法基本原则

尽管潘德克顿法学的学术努力与私法法典化运动并未在实证意义上完全明晰私法的范畴,但是一方面,作为一般私法的民法典仍然界定了私法的大致范围;另一方面,以罗马私法为素材的法律科学也借由民法典编纂之机会,塑造了私法的精神气质与价值原则,最终使私法由罗马法时代的单纯观念性存在转变为以“民法——特别私法”的二元分立为核心的法律体系。在这一体系中,民法以法典为形式,构成具有严密体系特征的一般私法;而特别私法则更富有灵活性,在依循一般私法原则的基础上,因应社会需求而生,因此,纵然特别私法并未被纳入民法典体系之中,但因特别私法仍须遵循民法之原则,故而在原则层面上,民法与特别私法一同构成私法范畴的全部内容。当然,以原则而非规则与素材的方式界定私法范畴,不免欠缺明晰性,但却在很大程度上能够克服法典的僵硬性缺陷,并为私法划定理想层面上的范畴。私法帝国的疆域并非由

<sup>[96]</sup> 根据凯尔森的纯粹法学理论,一个法律体系的构建系以基本规范(Grundnorm)为原初性规范,自基本规范为起点演绎出其他派生性规范,进而构成一个具有等级结构的法律秩序,这被另一位法学家拉兹称之为“有效之链”(Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2000, S. 196—228; 参见约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,中国法制出版社2003年版,第117—121页)。当然,严格来说,凯尔森所言的基本规范其实并非实证法,而是一种“先验的逻辑假设”,不过凯尔森自己却认为基本规范事实上也是一种实体法,只不过它的有效性基础取决于一些先验性条件(参见盖斯旦等,见前注[27],第1、3、185、511页),此处只是借用这一术语,用基本规范与派生性规范的关系来类比民法与特别私法,以表明民法作为一般私法的基础地位。而民法与特别私法这样在价值与逻辑上发生关联的特点被徐国栋批判为“挂衣钩式的法律体系”,即依宪法为第一层次的法律,第二层次的法律自宪法派生,民法属于第二层次的法律,而其他特别私法,如公司法、票据法、海商法、保险法、破产法等等又是自民法派生而出的第三层次法律。这种简单法律体系观既不能解释民法与其他部门法的真实关系,亦无法明晰民法与私法的范畴(参见徐国栋:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,第24页)。

<sup>[97]</sup> 参见山本敬三:《民法讲义I·总则》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第8页。

法典与规则所界定,而是取决于原则与态度。恰如德国法学家鲍尔与施蒂尔纳所言:

立法者在某一法域进行立法之时,其必须清楚地——在所有技术性的细枝末节之前——形成关于构造该领域法律材料的基本思想与原则。在立法之初,便须明确其目标。而这种法政策上的基本决策,来自多种渊源,如政治与意识形态、历史、理性、社会与经济以及纯粹立法技术。<sup>[98]</sup>

因此,即使特别私法(尤其是商法)因其内容较民法而言更为具体且更富有灵活性与变动性而难以被体系化,但在私法层面上抽绎出民法与特别私法所应一体遵循的一般原则,则可在私法外部规则体系的基础上塑造私法的内部原则体系<sup>[99]</sup>,从而实现“基于价值判断的体系性整合”<sup>[100]</sup>,最终得以在价值层面上明晰私法之范畴。

而就现代私(民)法的原则而言<sup>[101]</sup>,梁慧星教授认为私法的基本原则乃“贯穿于整个民事立法,对各项民法制度和民法规范起统率和指导作用的立法方针”“一切民事主体均应遵循的行为准则”“解释民事法律法规的依据”以及“补充法律漏洞、发展学说判例的基础”。<sup>[102]</sup>故而梁慧星教授将基本原则界分为平等原则、合同自由原则、公平原则、诚实信用原则、公序良俗原则以及权利滥用之禁止原则。<sup>[103]</sup>尹田教授则认为,私(民)法包括五大基本原则,即平等原则、意思自治原则、诚实信用原则、公序良俗原则和权利不得滥用原则,而不包括公平原则。<sup>[104]</sup>王利明教授则基于私(民)法所具有的正义、平等、私法自治、安全以及效率的价值取向考虑,认为基于抽象概括性、普遍适用性与价值完整性三大标准,私法的基本原则应当包括平等原则、私法自治原则、公平原则、诚实信用原则与公序良俗原则。<sup>[105]</sup>杨立新教授则匠心独运地将私(民)法基本原则称

[98] Fritz Baur/Jürgen F. Baur/Rolf Stürner, *Sachenrecht*, 18. Aufl., 2009, S. 35.

[99] 卡尔·拉伦茨在批评19世纪概念法学方法论的过程中将法律原则纳入了体系化的方法之中,其认为概念法学只重视了作为规则的法律的外部体系,而没有注意作为原则的法律的内部体系,拉伦茨认为作为“一般法律思想”的法律原则,如依法治国原则、社会国原则、尊重人性尊严的原则以及自主决定与个人负责的原则可以下位法中得以具体化,从而形成从作为一般法律思想的原则到下位法原则,层层演绎直至具体规则的法律的内部体系。如此一来,法律的外部规则体系也能够得到最大限度的确定,尽管很多原则之间可能存在矛盾与必要的妥协与阶层划分。Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 473—482.

[100] 川島武宜「科学として法律学」,弘文堂昭和45年版,24页。

[101] 由于学界极少就私法基本原则展开一般论述,在此,笔者预设了一般私法(民法)与特别私法原则上的整体性与一致性,故而以学界对民法基本原则的判断代替私法基本原则的论述。

[102] 同前注[88],第44—45页。

[103] 参见前注[88],第46—52页。

[104] 尹田:《论民法基本原则之立法表达》,载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第1期,第44—47页。

[105] 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第104—112页。

之为“民法的最高规则”，以便与适用于基本权利类型的“民法基本规则”，以及适用于特定权利行使的“民法具体规则”相区隔。<sup>〔106〕</sup>在此基础上，杨立新教授认为民法最高规则包括平等原则、公平原则、诚信原则与公序良俗原则。<sup>〔107〕</sup>而我国台湾地区著名学者王泽鉴教授则认为，私（民）法之基本原则乃“历史经验的沉淀、社会现实的反映、未来发展的指标”。<sup>〔108〕</sup>故而在民商合一的体例下，私法基本原则可综合归纳为五项，即人的尊严、私法自治、私有财产、过失责任与两性平等。<sup>〔109〕</sup>还有学者对基本原则进行了更为细致的分析。例如，董学立教授便认为，私（民）法应当有六大基本原则，包括主体平等原则、私法自治原则、权利保护原则、诚实信用原则、公序良俗原则、权利滥用禁止原则<sup>〔110〕</sup>，并进一步将私法自治原则作为民法基本原则的正面构成，将诚实信用原则、公序良俗原则与权利滥用禁止原则作为民法基本原则的负面构成。<sup>〔111〕</sup>而徐国栋教授则指出：“在大陆法系国家，诚信原则几乎是唯一的民法基本原则，其系统而成熟的诚信原则理论实际上就是其关于民法基本原则的理论。”<sup>〔112〕</sup>他认为，从历史发展来看，民法经历了一个由无基本原则到单一的诚实信用原则再到由单一的诚实信用原则演化出诸如情势变更原则、禁止权利滥用原则等具体原则的过程。<sup>〔113〕</sup>由此可见，学界的各种观点既具有某种统一倾向，同时亦存在较大争议。

私见以为，恰如 Humberto Ávila 所言：“法律原则乃终局的，具有未来面向与价值偏向性的强制性基准”<sup>〔114〕</sup>，私法的法律原则应当对私法具有价值上的决定性与基本性。有鉴于此，窃以为应当区分私法的基本原则与次要原则，前者系界定私法范畴，彰显私法性格的根本原则，而后者则是适度控制私法的解释与补充原则。同时，基于私法乃市民社会之法的价值预设<sup>〔115〕</sup>，我们应当承认在政治国家与市民社会二元分野的思维范式之下，市民社会的每一个人都以自身

〔106〕 杨立新：《民法总则》，法律出版社 2013 年版，第 106 页。

〔107〕 参见前注〔106〕，第 107—113 页。

〔108〕 王泽鉴：《民法概要》（第二版），北京大学出版社 2011 年版，第 23 页。

〔109〕 参见前注〔108〕，第 23—24 页。

〔110〕 董学立：《民法基本原则研究——在民法理念与民法规范之间》，载《政法论丛》2011 年第 6 期，第 3—13 页。

〔111〕 所谓正面构成的民法基本原则，意指基于私权的无限弘扬理念而生成原则，所谓负面构成的民法基本原则，是指基于私权的适度限制理念而生成的原则，前者为私法自治原则，后者包括诚实信用原则、公序良俗原则与权利滥用禁止原则。参见前注〔110〕，第 32—44、119—149、152—174 页。

〔112〕 徐国栋：《民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究》，北京大学出版社 2013 年版，第 7 页。

〔113〕 参见前注〔112〕，第 8 页。

〔114〕 See Humberto Ávila, *The Theory of Legal Principles*, Springer, 2007, p. 40.

〔115〕 参见前注〔61〕，第 26 页。

为目的,其他人不过是满足自己,达成自己目的之手段。<sup>[116]</sup>恰如黑格尔所言,“市民社会是个人私利的战场,是一切人反对一切人的战场”<sup>[117]</sup>,其本质上乃“自然状态的残余”。<sup>[118]</sup>因此,市民社会的基本原则所奉行的,本质上乃是祛除了暴力色彩的霍布斯原则,即和平的自由竞争原则。在市民社会的范畴中,每一个人都应当以自己的意志行事,并对自己的行为负责。诚如哈耶克所言,市民社会秩序是一个“由个人与团体所构成的自然而然的的社会秩序”(the Spontaneous Order of Society is made up of Individuals and Organization)<sup>[119]</sup>,国家对于这种秩序的态度应当是予以确认并给予一定程度的救济,若无国家干预之必要,则应当承认私人享有对自身事务的管理与处置权利。私人在市民社会中享有一种自由状态,即“从统治权产生的不平等状态中解放出来,并进入一个既不存在统治、也不存在被统治的领域”<sup>[120]</sup>。市民社会中的私人既不需要国家的过分怜悯,更不欢迎国家的蛮横干预,其所希冀的,不过是在民事范围内保有自己统治自己的自由罢了。

而基于上述分析,管见以为,私法的基本原则应当包括四个方面,即抽象平等原则、意志自由原则、伦理谦抑原则与交易庇护原则,一切遵循此四项基本原则之法,原则上均应纳入私法的范畴之中。至于传统民法理论中的公序良俗原则、诚实信用原则与禁止权利滥用原则,则应当只在伦理谦抑原则处具有提示与补正意义,它们不应享有基本原则之殊荣,而应作为私法的次级原则、解释原则与补充原则,于私法自治发生异化而有违公平正义时介入并对其予以矫正。诚实信用原则本质上系一种“命令规定”,其旨趣在于要求权利人行使权利,义务人履行义务应依诚实及信用之方法<sup>[121]</sup>;而公序良俗原则与禁止权利滥用原则系具有保护目的之“禁令规定”,其宗旨在于禁止或者防止个人权利之行使损害社会整体利益。<sup>[122]</sup> 马克斯·韦伯曾说:“私法,就其在法秩序规定下的意义而言,可视为:约制与国家机构本身无关、而不过是受国家机构所规制的行动的总体规范。”<sup>[123]</sup>而诚实信用原则、公序良俗原则与禁止权利滥用原则旨在调和个人利益与社会整体利益,以及避免私人间私权的相互冲突<sup>[124]</sup>,具有较强的国

[116] 参见黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1961年版,第197页。

[117] 同前注[116],第309页。

[118] 同前注[116],第211页。

[119] See F. A. Hayek, *Law, legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Routledge, 2013, p. 44.

[120] 汉娜·阿伦特:《人的条件》,竺乾威等译,上海人民出版社1999年版,第25页。

[121] 参见施启扬:《民法总则》,中国法制出版社2010年版,第363页。

[122] 参见前注[121],第363页。

[123] 马克斯·韦伯:《法律社会学·非正当性支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2011年版,第4页。

[124] 参见前注[110],第113页。

家干预色彩,正是作为私法边界的“国家规制”因素之彰显。此三项原则对于私法之气质塑造与范畴界定而言并无直接作用,故而应当被排除在私法基本原则之外,而归于私法次级原则之列。

最后,仍须予以提示的是,私法基本原则乃价值与技术、伦理与秩序的有机叠加,其价值上的一般性使其具有较强的包容性。反过来说,这种一般性所带来的宽泛性也使得以原则的方式界定私法范畴仍然显得不够充分明晰。职是之故,我们必须审慎地对待私法的基本原则:私法的基本原则只能被作为判断私法范畴的价值导引工具,立法、司法与法学决不可作茧自缚,只凭对原则的教义式理解而禁锢私法范畴的扩张与发展。兹就界定私法范畴的四大原则而为以下分述与论证。

## (二) 抽象平等原则

私法(民法)上的平等原则,系现代私法最为基础之原则。学理上通常将平等原则表述为于民事活动中当事人法律地位平等,任何一方不得将其意志强加给对方,且法律为当事人提供同等的法律保护。<sup>[125]</sup> 王利明教授进一步将平等原则细化为人格平等、内容平等与保护方法平等三个方面。<sup>[126]</sup> 私法上的平等原则几乎成为私法区别于公法的最明显要素,这从我国《民法通则》第2条与第10条的规定中即可直观感受。我国《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。”这一规定使得平等原则不仅成为私法的基本原则,而且在很大程度上也确定了私法的范畴与调整范围。而《民法通则》第10条规定“公民的民事权利能力一律平等”,则更为直接地规定了私法上的平等原则。<sup>[127]</sup>

就法理学意义而言,平等内涵比较丰富,法国学者皮埃尔·勒鲁便富有激情地说道:

(平等)这个口号一旦公开宣告于世,将会获得人们普遍的赞同……人们可以抹掉它,也可以嘲笑它,但它绝不会因遭人践踏而被真正抹掉,或受到损害;因为它是正确的,它是神圣的;它代表人们追求的理想,它象征神

[125] 参见前注[88],第46页。

[126] 参见前注[105],第113—114页。

[127] 在比较法上,直接在民法典中规定平等原则并非传统做法,例如《德国民法典》中并无平等原则,不过通说认为《德国民法典》第1条规定每个人均享有权利能力,彰显了人人平等之理念(参见陈慧馨:《德国法制史——从日耳曼到近代》,中国政法大学出版社2011年版,第106页);除此之外,只有《俄罗斯联邦民法典》第17条、《土库曼斯坦民法典》第1条、《蒙古国民法典》第8条第2款、《越南新民法典》第14条第2款、《立陶宛民法典》第2条、《摩尔多瓦民法典》第1条和《朝鲜民法典》第19条规定了平等原则;《瑞士民法典》则第11条第2款规定了人人享有“平等的权利能力及义务能力”(参见徐国栋:《民法哲学》,中国法制出版社2015年版,第116—117页)。窃以为,抽象平等原则所解决的乃是私法自体性的问题,至于该原则是否需要规定于法典之中,反而并非十分紧要之事。

示的未来；它已在理论原则上占了优势，它终将也有一天在客观事实上赢得胜利；它是磨灭不了的，它是永存的。<sup>[128]</sup>

罗尔斯则将平等视为正义社会的第一个原则，即“每个人对与其他人所拥有的最广泛的平等基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利”。<sup>[129]</sup> 并且在罗尔斯看来，平等原则具有很强的刚性约束，作为平等原则的例外，倘若社会成员必须容忍社会和经济的不平等，那么也必须使这种不平等“（1）被合理地期望适合于每一个人的利益；并且（2）依赖于地位和职务向所有人开放”。<sup>[130]</sup> 有学者甚至在法理学意义上将平等细分为个人平等、阶级平等、政党平等、民族平等、性别平等和法律平等六个部分<sup>[131]</sup>，以期能全面地解析平等的法理意涵。不过私法上的平等则与法理学、哲学上的认知存在较大差异。私法上的平等，系指人格平等，或者用德意志法系（包括《民法通则》第10条）的术语来表达，即权利能力平等。<sup>[132]</sup> 在私法上，权利能力或者人格的平等并非自然之事。罗马法时代，法律人格作为一个非常重要的法律术语，常常用来分析不同人格的法律状态。<sup>[133]</sup> 在罗马法上，自然人（尤其是家子、奴隶与妇女）并不必然享有人格，自然人因出生而享有人格乃是经历了长久发展的现代法观念<sup>[134]</sup>，这一观念的形成无疑受到了自然法学的滋养。<sup>[135]</sup> 不过罗马法本身并未提取出“人格”这一抽象的法律术语，在罗马法中能够与之对应的概念为身份。<sup>[136]</sup> 中世纪日耳曼法持与罗马法相似的态度，在日耳曼封建制度之下，存在不同人格，或者说不同身份的人，如奴隶、农奴、自由农、贵族等。<sup>[137]</sup> 而在罗马

[128] 皮埃尔·勒鲁：《论平等》，王允道译，商务印书馆1981年版，第18页。

[129] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社2009年版，第47页。

[130] 同前注[129]，第47页。

[131] 参见夏勇主编：《法理讲义：关于法律的道理与学问》，陈欣新执笔，北京大学出版社2010年版，第286—302页。

[132] 人格与权利能力两个术语具有高度的契合性，前者系行为者得以自己意思而支配自身并排除他人干涉的资格，而后者也具有这一意涵，只是为了用于分析法人等团体构造物，而以“权利能力”代替“人格”，因此，可以说权利能力这一术语具有更浓厚的法技术色彩（参见付翠英：《人格·权利能力·民事主体辨思——我国民法典的选择》，载《法学》2006年第8期，第71—79页；梅夏英：《民事权利能力、人格与人格权》，载《法律科学》1999年第1期，第54—75页；尹田：《论人格权的本质——兼评我国民法草案关于人格权的规定》，载《法学研究》2003年第4期，第3—14页）。

[133] 参见前注[6]，第11页。

[134] *Supra* note[4]，pp. 164-165.

[135] 例如著名的自然法学家普芬道夫便在其名著《自然法与国际法》第三卷第二章中论证了人的自然平等（Natural equal）。See Samuel Pufendorf, *Of the Law of Nature and Nations*, Translated into English, Oxford, Printed by L. Lichfield, 1710, pp. 178-186.

[136] Vgl. Mathias Schoeckel/Joachim Rückert/Reihard Zimmermann, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, Allgemeiner Teil, § § 1—240, 2003, S. 169.

[137] 栗生武夫《中世私法史》，清水弘文堂书房昭和43年版，45页以下。

法与日耳曼法的基础上,德意志法学家们为了使自然人与法人的法律地位得到一个更为恰当的统一称谓,对法律人格进行了更为细致的分析。他们从法律人格中抽绎出“权利能力”与“行为能力”<sup>[138]</sup>,将行为能力作为对自然人不同能力层次的描述工具,而将权利能力作为自然人与法人获取私权主体资格的统一概念。而所谓权利能力,即“法律主体的资格,权利与义务的载体”。<sup>[139]</sup>这一术语既适用于自然人,也适用于法人,不同之处在于自然人因出生而获得权利能力,而法人因登记或者授权而获得权利能力。<sup>[140]</sup>私法意义上的平等,即私权主体权利能力之平等。

对于私法意义上的权利能力平等之理解而言,我们首先需要将其与实质平等予以区分。实质平等是一项在现代法学分析中常见的术语,其蕴含着结果平等与机会平等之要义,系实现基本权利的工具,可以从人的尊严、自治与财产等广泛的价值处探寻其根基。<sup>[141]</sup>实质平等概念多用于论证女性平等权益<sup>[142]</sup>、种

[138] 据日本民法学家村上淳一的见解,法律人格这一概念中包含现代民法中权利能力与行为能力的双重意涵。村上淳一「ドイツ市民法史」,东京大学出版社2014年版,9页。

[139] Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Aufl., 2011, S. 66.

[140] 《德国民法典》第1条规定:“人(自然人)的权利能力始于出生完成之时。”第21条规定:“非以经济上的营业经营为目的的社团,因登记于有管辖权的区法院的社团登记簿而取得权利能力。”第22条规定:“在没有特别的联邦法律规定的情况下,以经济上的营业经营为目的的社团因国家的授予而取得权利能力。授予的权利为社团所在地州所享有。”其并没有直接规定平等原则。(参见陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社2015年版,第5、10—12页。)我国学者徐国栋教授认为平等原则的明文规定化是一个具有社会主义特色的规定,即只有《俄罗斯联邦民法典》第17条、《土库曼斯坦民法典》第1条、《蒙古国民法典》第8条第2款、越南旧《民法典》第16条第2款、越南新《民法典》第14条第2款、《立陶宛民法典》第2条、《摩尔多瓦民法典》第1条、《朝鲜民法典》第19条明文规定了权利能力平等原则,而《德国民法典》《意大利民法典》《埃及民法典》《智利民法典》《阿尔及利亚民法典》《埃塞俄比亚民法典》《阿根廷民法典》《巴西新民法典》《泰国民商法典》《路易斯安那民法典》均无类似规定(参见徐国栋:《民法哲学》,见前注[96],第100—101页)。不过,尽管《德国民法典》并无“平等”字样,但从条文文义来看,其并未对人的权利能力作出分阶层的划分,故而可以解释出人人权利能力平等之意涵(参见陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社2015年版,第5页)。但是,不可否认的是,在德国私法史上也存在臭名昭著的一页,德国著名法学家,同时也是纳粹法学著名代表人物的卡尔·拉伦茨在“Zur des konkreten Begriffs”(“论具体概念”)一文中对《德国民法典》第1条中的“人”这一抽象概念进行了纳粹法学“具体的秩序思考”式的解构,即其认为,权利能力作为具体概念应当在民族共同体的范围内做具体理解,换言之,只有德意志民族的同胞才能被承认具有“全部的”权利能力,而在血统上属于雅利安人的外国人以及非雅利安种族,只能享有“有限的”权利能力。这样的推导结果几乎使得犹太人丧失权利能力,成为法律上的非人类(参见顾祝轩:《制造“拉伦茨神话”:德国法学方法论史》,法律出版社2011年版,第71—72页)。

[141] See Catherine Barnard, Bob Hepple, “Substantive Equality”, *Cambridge L. J.*, vol. 59, no. 3, 2000, pp. 564-567.

[142] See Sally J. Kenney, “Pregnancy Discrimination: Toward Substantive Equality”, *Wis. Women’s L. J.*, vol. 10, 1995, pp. 351-402; Catherine Albertyn, Sandra Fredman, Judy Fudge, “Introduction: Substantive Equality, Social Rights and Women: A Comparative Perspective”, *S. Afr. J. on Hum. Rts.*, vol. 23, no. 2, 2007, pp. 209-213.



族平等权益<sup>〔143〕</sup>等领域,且与宪法学联系紧密,甚至其本身就是一项宪法概念与原则<sup>〔144〕</sup>,以至于有学者质疑将平等原则置于私法之中的传统理论,而认为平等原则应当归属于宪法,《民法通则》第10条应当予以删除。<sup>〔145〕</sup> 实质平等之旨趣为,基于现代人权观念下的社会经济权利考量,促进人与人之间结果意义上的大致平等,而为达致此一目标,则须令国家负有通过公共政策干预社会与经济的积极义务,以矫正社会自然发展所造成的社会与经济不平等以及因种族、性别、宗教等因素所带来的歧视。<sup>〔146〕</sup> 实质平等在现代法学视野内被视为宪法意义上的基本正义原则,其超越了抽象(形式)平等“同等情况同等对待”之窠臼,转而更为关注因历史与社会因素所造成的差异,并注重根据差异而予以差别对待,以实现实质正义。<sup>〔147〕</sup>

而抽象(形式)平等则没有实质平等那样的后现代气质,毋宁说具有一种古典精神与技术性格。抽象平等的意旨在于,遮蔽甚至是无视市民社会中私权主体在阶级、职业、年龄、性别等方面的差异,等质地赋予其取得权利与承受义务的资格。<sup>〔148〕</sup> 私法的抽象平等所承认的,乃是作为最小限度的法律人格(ein Minimum an Rechtspersonlichkeit)在权利能力上之平等<sup>〔149〕</sup>,其旨趣并不在于将市民社会成员之间种种不平衡与差异的现象视为不平等。罗尔斯在其不朽名著《正义论》中区分了两种平等观念:

一些学者已经区分了两种平等,一种是与某些利益的分配相关的平等,毫无疑问,通常在分配中拥有优势的人会获得较高的地位与声望;另一种是尊重的平等,这种平等以不考虑社会地位的方式而平等地给予所有

〔143〕 See David K. Cohen, “Defining Racial Equality in Education”, *UCLA L. Rev.*, vol. 16, 1968—1969, pp. 255-280.

〔144〕 See Catherine Albertyn, “Substantive Equality and Transformation in South Africa”, *S. Afr. J. on Hum. Rts.*, vol. 23, no. 2, 2007, pp. 253-276; Patricia Hughes, “Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principle”, *Dalhousie L. J.*, vol. 22, 1999, pp. 5-50; Leon E. Trakman, “Substantive Equality in Constitutional Jurisprudence: Meaning within Meaning”, *Can. J. L. & Jurisprudence*, vol. 7, no. 1, 1994, pp. 27-42.

〔145〕 参见徐国栋:《平等原则:宪法原则还是民法原则》,载《法学》2009年第3期,第64—74页。

〔146〕 See Siobhan Mullally, “Substantive Equality and Positive Duties in Ireland”, *S. Afr. J. on Hum. Rts.*, vol. 23, no. 2, 2007, pp. 311-316; Sandra Fredman, “Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide”, *S. Afr. J. on Hum. Rts.*, vol. 21, no. 2, 2005, pp. 163-190; Gary Goodpaster, “Equality and Free Speech: The Case against Substantive Equality”, *Iowa L. Rev.*, vol. 82, 1996—1997, pp. 645-688.

〔147〕 See Kerri A. Froc, “Constitutional Coalescence: Substantive Equality as A Principle of Fundamental Justice”, *Ottawa L. Rev.*, vol. 42, 2010—2012, pp. 411-446.

〔148〕 参照加藤雅信「民法総則」,有斐阁2005年版,37页。

〔149〕 参照村上淳一「ドイツ市民法史」,东京大学出版会2014年版,9页。

人。第一种平等由第二种平等所定义……但是第二种平等却具有根本性。<sup>[150]</sup>

换言之,抽象平等作为私法所择取的一项原则,所欲扬弃的乃是中世纪以来由各种封建义务所型塑的等级森严的身份社会,这种平等观念乃是为了将人自封建的身份支配关系中解放出来,以适应市场性的商品交换关系而应运而生之事物<sup>[151]</sup>,其在内核上包含着对个人自由的珍视以及对国家权力的警惕,其所欲追求的是尊重的平等。申言之,国家须对市民社会中的私权主体给予最大限度的尊重,倘若国家意欲参与市民社会活动,那么其也必须如同一个私权主体那样在私法的范畴内与其他私权主体结成私法意义上的法律关系。<sup>[152]</sup> 在此意义与范畴内,国家仅作为与其他私权主体地位平等的市民社会成员而参与各种市民社会活动,其不能享受特权。

与抽象平等相反,实质平等则对国家提出了积极义务的要求。具体而言,在实质平等观念的驱使下,国家有义务通过公共政策、税收等方式推动不同性别、不同种族、不同民族、不同宗教等各色人群之间的实质平等。一言以蔽之,实质平等蕴含着分配平等的诉求。与实质平等相比,抽象平等倾向于将市民社会中的个人原子化,并且假设每一个人能够摆脱既定社会连带关系的掣肘,从而得享最广泛的自由并排除国家的积极干预。而在此意义上,倘若承认公法与私法的区分并追求私法的独立价值,那么私法意义上的平等便只能是抽象的权利能力之平等。这不仅是因为惟其如此才可以在市民社会范畴内尽量减少国家积极干预的因素(实质平等本身便包含国家干预的内核),还因为抽象平等也是实现私法自治的观念与制度前提。在抽象平等之下,市民社会成员得以借由平等之身份而依自己的意志自由行事,从而形成“人之行动而非人之设计”(human action but not of human design)<sup>[153]</sup>的富有活力的社会秩序。当然,不可否认的是,实质平等亦有其重要意义,只是其不应成为私法的基本原则,且在适用于私法范畴时须审慎而留有余地。笔者甚至认为,由于人唯有在抽象意义上才可能实现平等,现实差异性实际上宣告了实质平等只是一种观念上的乌托邦,故而,应当用“抽象平等-具体正义”的范式代替“抽象平等-实质平等”这一思维定式。具体而言,在私法意义上,首先使市民社会成员在抽象意义上获得平等的权利能力,而后在依自由意志的市民生活中,如果因人与人之间的差异

[150] John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 511.

[151] 参照遠藤浩=良永和隆「基本法コンメンタル民法総則」,日本評論社 2012 年版,21 頁。

[152] Vgl. Georg Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Erster Band, 1847, S. 24.

[153] *Supra* note[119], p. 22.

性而形成了过分的非正义状态,则通过设置特别的权利或者义务(特别立法的方式)以及国家的其他积极干预措施,矫正不义。在此范式中,嗣后对不义的矫正在逻辑上与平等并无直接关联。亚里士多德在《范畴篇》中提出了本体论的一项重要原理,即“当若干事物虽然有一个共通的名称,但与这个名称相应的定义却各不相同,则这些事物乃是同名而异义的东西”<sup>[154]</sup>,而实质平等与抽象平等正是这种同名而异义的孪生子。尽管二者共享平等之名,但抽象平等才是最符合平等本旨之概念,而实质平等所彰显的,其实乃是一种对于正义的诉求。<sup>[155]</sup>

### (三) 意志自由原则

私法作为调整私人之间法律关系的法律,其受“私的意志”之宰制,在私法的范畴内,个人享有充分的意志自由。<sup>[156]</sup> 自由与平等在历经法国大革命与1848年欧洲革命之后,成为一对孪生法律原则。<sup>[157]</sup> 其缘由在于,在某种程度上,抽象平等原则系意志自由原则之逻辑前提,而意志自由原则乃抽象平等原则在逻辑上的自然延伸,一旦承认抽象之尊重平等,那么私权主体必然得享自由、不受压制且获尊重之意志。尽管学界更喜欢用私法自治、意思自治或者合同自由作为私法的基本原则,不过以意志自由作为概念表述,不仅概括性更强,且能够揭示私法学与古典哲学及法哲学之间的深刻关联。例如,在康德那里,自由是法学的核心,而作为权利普遍原则的,乃是“能够使一个人的意志选择的自由与任何人的自由同时并存”。<sup>[158]</sup> 而黑格尔则认为,“法的基地一般来说是精神的东西,它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的,所以自由就构成法的实体和规定性”。<sup>[159]</sup> 深受康德哲学影响的萨维尼也认为:

生物人处于外在世界之中,在他的这种境况中,对于他而言,最为重要的要素是他与其他人的联系,这些人具有和他一样的性质和目的。如果现在

<sup>[154]</sup> 亚里士多德:《范畴篇》,方书春译,商务印书馆1986年版,第9页。

<sup>[155]</sup> 罗尔斯将正义的标准朴素地理解为公平,称之为“作为公平的正义”(参见约翰·罗尔斯:《作为公平的正义——正义新论》,姚大志译,中国社会科学出版社2011年版,第170页以下)。诚哉斯言,事实上,当我们在谈实质不平等时,我们并非是出于人格与身份的公开降格而义愤填膺,而是出于待遇的不公平而深感耻辱。因此,实质平等的真谛在于正义,且归根结底,在于公平。

<sup>[156]</sup> Vgl. Heinrich Ihöl, *Einleitung in das Deutsche Privatrecht*, 1851, S. 118ff.

<sup>[157]</sup> Vgl. Jörg-Detlef Kühne, *Revolution und Rechtskultur: Die Bedeutung der Revolutionen von 1848 für die Rechtsentwicklung in Europa*, *Historische Zeitschrift*, Beihefte, 29(2000), 57; D. Langewiesche, *Die Revolutionen von 1848 in der europäischen Geschichte, Ergebnisse und Nachwirkungen, Beiträge des Symposiums in der Pailkirche vom 21. Bis 23. Juni 1998*, 2000, S. 59—61.

<sup>[158]</sup> 康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第40页。

<sup>[159]</sup> 黑格尔:《法哲学原理或自然法和国家学纲要》,范扬、张企泰译,商务印书馆1979年版,第10页。

在此种联系中,自由本质应当并存,应当在其发展中相互促进而非相互妨碍,那么这只有通过对于以下这个界限予以承认才可能实现,在此界限之内,所有个人的存在和活动都获得了一个安全的、自由的空间。据以确定上述界限和自由空间的规则就是法。……法律关系(私法关系)的本质被确定为个人意志独立支配的领域。<sup>[160]</sup>

因此,对于处于私法关系中的个人而言,意志自由既是一种自由的申张,也可以说是法律的一种限制。恰如康德所言:“在由道德意志自我决定的这个激进意义上,合乎道德的生活等同于自由。这就是‘自律’。”<sup>[161]</sup>个人在私法中享有意志自由的同时,也肩负着尊重他人自由的自律。不过,在特定法律关系之中,个人的意志享有最高的权威与自由。依循自由的意志,个人得以与外部世界发生联系。个人首先将其自身作为原权<sup>[162]</sup>,在家庭中扩展自身,进而与外部世界,或者说市民社会发生关涉,与其他市民社会成员进行交往活动,最终形成私法的三个主要类型,即家庭法、物权法与债法。<sup>[163]</sup>与公法不同,私法是意志自由的法,“个人于共同生活之中的意志统治边界仅由处于对立面的另一个人的意志边界所划定”。<sup>[164]</sup>而在个人的意志范畴内,其享有意志自由。在私法的范畴内,私权主体享有决定自己行为的意志自由,即做某事的自由与免于做某事的自由。<sup>[165]</sup>我们甚至可以说,私法范畴内的行为处于私权主体的绝对意志支配之下;而私法则不仅是自由的直接产物,同时从另一个角度来说,也是对所谓“社会性自由”,即集体自由的一种观念性抵制。<sup>[166]</sup>

与私法相比,公法,如刑法与行政法,更为强调一种以命令与服从为特征的压制色彩。在拉德布鲁赫看来,私法是一种“协调法”(coordinating law),其旨趣在于以赔偿为保护手段平等地对待每个人;而公法则是一种“屈从法”(subordinating law),其旨趣在于,会基于既定的法之价值判断而在利益保护

<sup>[160]</sup> 同前注[43],第257—260页。

<sup>[161]</sup> 查尔斯·泰勒:《黑格尔》,张国清、朱进东译,译林出版社2012年版,第43页。

<sup>[162]</sup> 在萨维尼的理论中,作为意志载体的人身属于原权的范畴,其权利性格为主体所遮蔽,所以不应被作为权利,唯有取得权,即个人对外部世界的权利,才是唯一的权利。参见前注[43],第261—262页。

<sup>[163]</sup> 参见前注[43],第266页。

<sup>[164]</sup> Josef Schein, *Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz: Eine Kritische Studie*, 1889, S. 27.

<sup>[165]</sup> See Tomas Pink, *Free Will: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2004, p. 5.

<sup>[166]</sup> Vgl. Julius J. Schaaf, Recht und Reiheit, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Bd. 12, H. 1(Jan. Mar., 1958), 121.

方面对一方存在偏袒,从而使个人屈从于公共利益。<sup>[167]</sup> 这样一来,由于私法的主要任务在于协调平等主体之间的利益,那么各私权主体之间的自由意志便都应当得到最大限度的尊重。例如,甲欲购买乙的一本书,双方之间就价款亦达致合意,并为书与金钱之对待给付,此为私法中最为常见之现象,双方基于其自由意志而为行为,且该行为的效力为私法所承认。即使在此过程中出现了一些瑕疵,如甲与乙之间就交易客体存在重大误解,乙隐瞒了买卖合同标的物的重大瑕疵而构成对甲的欺诈,等等。私法所提供的也主要是补偿性的金钱赔偿,其中并无屈从色彩,各当事人的意志仍保有其自主性,而之所以存在损害赔偿,也系自由意志伦理的自然延伸——倘若一个人享有自由意志,那么他便具有行为选择的自由,他可以采取一些行为或者避免一些行为,能够区分理性的追求与非理性的妄念,能够辨明善与恶,能够预见自己的行为是否可能侵害他人权利,故而一个拥有自由意志的人自然应当为自己的行为负责。这种责任不仅包括道德上的责任,也包括法律责任。<sup>[168]</sup> 尽管早在 20 世纪 30 年代罗斯科·庞德便注意到,随着社会经济的发展,公法在不断蚕食着私法的领域,例如企业法、房屋租赁法等都摄入了强大的行政控制因素,从而减少了私法的适用空间<sup>[169]</sup>,但正如涂尔干所洞见的那样,人类社会随着社会密度的恒定增加和社会容量的普遍扩大而导致社会分工的不断进步。<sup>[170]</sup> 在社会分工所导致的进步过程中,人类由机械团结或者相似性所导致的团结走向有机团结。与之相对应的则是,法律由有组织的压制性制裁法,即刑法,逐渐转化为纯粹的恢复性制裁法,包括民法、商业法、诉讼法、行政法和宪法。<sup>[171]</sup> 在这个过程中,“在某种意义上,所有法律都变成私人的,也就是说,每时每刻的行动者都是个体;在另一种意义上,所有法律又都变成公共的,所有人都承担了社会功能的不同方面”。<sup>[172]</sup> 因此,依据涂尔干的理论推导,我们反而应当认为在现代社会里,意志自由原则甚至具有超越私法范畴的倾向,压制性的法律则会逐渐式微。不过我们也必须注意到,出于维护公共利益的目的,个人的自由意志在现代社会也的确在很多方面受到了限制,但这也并非矛盾。申言之,对个人自由意志的限制恰好体现了康德意义上包含了自律因素的意志自由,基于对他人自由的尊重(将这

[167] See Roscoe Pound, "Public Law and Private Law", *Cornell L. Q.*, vol. 24, 1938—1939, pp. 471-472.

[168] See Nathaniel Branden, "Free Will, Moral Responsibility and the Law", *S. Cal. L. Rev.*, vol. 42, 1968—1969, p. 265.

[169] See Roscoe Pound, *supra* note[167], p. 469.

[170] 参见埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,生活·读书·新知三联书店 2013 年版,第 219 页。

[171] 参见前注[170],第 32—33, 73 页。

[172] 同前注[170],第 31 页。

种尊重扩及整个社会便是对社会公共利益的尊重),个人依自己自由的意志行事时也必须履行必要的自律义务,否则将会招致伦理上的指摘与法律上的制裁。<sup>[173]</sup>当然,作为私法基本原则的意志自由原则中的自律因素必须与特定的社会道德水平、经济水准、普遍教育程度等社会现实相适应,否则过分的自律要求只会使自由名存实亡并进而蜕变为屈从与压制。

#### (四) 伦理谦抑原则

在理性自然法时代,普芬道夫与沃尔夫将伦理、自然法与私法紧密结合,塑造了一种具有浓厚伦理与道德色彩的私法理论。在普芬道夫的自然法体系中,义务为中心概念。依照自然法的要求,具有伦理人格的个人必须承担一系列按照他人要求做某事、认可某事或者忍受某事的作为伦理必要性的义务。<sup>[174]</sup>而沃尔夫则在普芬道夫的基础上走得更远,其在《自然法与万民法原理》一书中,运用几何学的证明方法,精心构建了一个依据稳固的内在关联而自人之本性推导出所有义务与权利的伦理性自然法体系。<sup>[175]</sup>在普芬道夫与沃尔夫那里,人因其本性而要过社会生活,而为了实现社会生活的和谐,人必须恪守一系列义务。普芬道夫在其名著《自然法与万民法》第3卷中列举了一系列作为享有伦理人格的人所应负担的义务,包括不得损害他人的义务(或者损失赔偿义务)、所有人都应当被平等对待的义务、给予人道帮助的相互义务、信守承诺的义

---

<sup>[173]</sup> 此处欠缺深入讨论的一个问题是“自律”与“屈从”之间的界限在什么地方呢?哲学上理性主义在定义上为人设定了一种相对完满的形象,“人是万物的尺度”,在理性主义学者们看来,倘若人得以成为万物的尺度,那么就应当以人的意志自由律超越支配自然的因果律,从而实现真正意义上的自由。在这一思维路径下,沃尔夫、普芬道夫甚至康德、黑格尔乃至马克思都对人所应当恪守的义务、道德律提出了相应的要求。康德略带鄙夷而又充满希望地说道:“人类诚然是够污浊的,不过他必须把寓于他的人格中的人道看作是神圣的。在整个宇宙中,人所希冀和所能控制的一切东西都能够单纯用作手段;只有人类,以及一切有理性的被造物,才是一个自在目的。那就是说,他借着他的自由的自律,他就是神圣道德法则的主体。”(参见康德:《实践理性批判》,关文运译,广西师范大学出版社2001年版,第90页)但在此种意志自由主义的观念下,人的本质被哲学家们所确定,更有可能被政治家们所规定,因此强制自由的推导会应运而生——一个不符合高尚的人的定义的人将接受强制的教育乃至惩戒,因为他不知道自己的自由以及作为人的神圣性所在,以强制的手段帮助他恢复或者接近自由在伦理与道德上是具有正当性的——这样一来,包含“自律”因素的自由与屈从、强制便会以一种近乎悖论与荒诞的方式完美地结合到了一起。诚如以赛亚·伯林所言,依循这一思维路径,则“依据理性的强制不是强制,强迫人民服从理性的命令就是强迫他们理性地行动,就是提供给他们真实或真正的需求之满足……因此使他们自由,反对这种解放只能证明他本人不理性,无能力知道什么会在事实上使他自由”,而这一推论,无疑是整个人类思想史上“最强有力和最危险的论点之一”。(以赛亚·伯林:《浪漫主义时代的政治观念》,王崇兴、张蓉译,新星出版社2011年版,第132页)。

<sup>[174]</sup> 参见前注[28],第13—14页。

<sup>[175]</sup> 参见前注[28],第6—27页。

务。<sup>[176]</sup>而沃尔夫则进一步教导说：“人类的最高义务便是力求完善。……与努力促进他人完善相结合的自我完善的这种道德义务，乃是正义和自然法的基础。自然法要求人们去做那些既有助于完善自身又有助于完善其状况的事情。”<sup>[177]</sup>在沃尔夫看来，这种力求善的义务源于人的天性，而根据逻辑学之矛盾律，某个事物不可能既“是”又“不是”，而由于人愿意过符合其本性的生活，所以人必须据此决定其行为。<sup>[178]</sup>在自然法、伦理与法律未完全区分的时代，私法理论奉行彻底的伦理原则，尽管普芬道夫也试图用自由意志来解释义务<sup>[179]</sup>，但伦理原则之下人的行为带有被强烈束缚的色彩。

康德的法哲学对理性自然法提出了质疑。对私法学具有巨大影响的康德法律哲学以自由为中心，而根据康德法律哲学，每个人均享有依自己意志行事的自由。就此而言，这种自由并不包含任何伦理与道德判断的意味；每个私人可以因具体情况的差异而作出不同的选择，与其他私人结成私法关系，如取得或者移转财产、订立合同、设立遗嘱、结婚并组建家庭，法律的作用仅仅在于协调这些不同的选择，从而保障每一个人享有最大限度的外在自由。<sup>[180]</sup>也正是在这个意义上，私法与伦理之间存在着区隔。具体来说，伦理与道德作用于人的每一项心理与行为，并着重于区分对与错<sup>[181]</sup>；而私法仅仅在人与人之间的行为发生交往时，为了保障双方的最大自由才会有有限度的介入。因此，私法所奉行的，乃是具有边界色彩的有限伦理，这种伦理存在于每个人自由与它者自由之间。而历史法学派以及潘德克顿学派则从历史的角度对自然法学提出了批判。在历史法学看来，法的有效性首先不是来自基于人类理性的伦理判断，而是来自法的历史上的连贯与实证上的存在。恰如萨维尼所言，“历史法学派设想，法的素材是由民族的整个过去给予的”<sup>[182]</sup>，法的形成具有其特殊的历史性格，因此法学的主要任务并不是凭借人类的理性去立法，而是发现与整理在历史中已经存在了的法——“只有法学才能发展法的具体内容，认识部分与整体

<sup>[176]</sup> See Pufendorf, *Of the Law of Nature and Nations*, Oxford: Printed by L. Lichfield, R. Sare, R. Bonwicke, W. Freeman, T. Goodwyn, M. Wotton, S. Manship, Nichholson, R. Parker, B. Tooke, and R. Smith, 1710, pp.169-210.

<sup>[177]</sup> 埃德加·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第50页。

<sup>[178]</sup> Vgl. Christian Wolf, *Grundsätze des Natur-und Völkerechts*, Georg Olms Verlag, Hidesheim, 1980 (Nachdruck der Ausgabe Halle 1754), S. 23—24. 转引自前注<sup>[28]</sup>，第29页。

<sup>[179]</sup> 参见前注<sup>[28]</sup>，第14页。

<sup>[180]</sup> See George P. Fletcher, “Law and Morality: A Kantian Perspective”, *Colum. L. Rev.*, vol. 87, no. 3, 1987, p. 535.

<sup>[181]</sup> See J. M. Coady, “Morality and the Law”, *U. Brit. Colum. L. Rev.*, vol. 1, 1959—1963, pp. 442-443.

<sup>[182]</sup> 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著、艾里克·沃尔夫编：《历史法学派的基本思想（1914—1840年）》，郑永流译，法律出版社2009年版，第20页。

的联系。它的特殊功能和任务就是形成法的技术因素”。<sup>[183]</sup> 历史法学派与潘德克顿法学对于法的历史性的尊崇以及对伦理性格的自然法的排斥塑造了私法的非伦理-道德性格。在历史法学的理想中,私法是源于“民族精神”的民众共识,这种共同意志无疑具有自然与历史意义上的正当性,而法学家甚至立法者并不需要对这种共同意志作出干预,前者的任务是认识并明晰化这种共同意志,而后者所需要做的仅仅是承认它并为其提供国家权力的保护。

尽管私法一度具有非伦理性格的实证主义性格,道德与伦理上的考虑曾经屈服于自由、历史、惯例与习俗,但是一味对自由、历史与现实让步,将会造就严重的正义。作为法律实证主义论者的哈特也承认,因应于五大自然事实,即人的脆弱、近乎平等、有限的利他主义、有限的资源与人所具有的有限的理解与意志的力量,法律必须保有实现个人“自我保存”(perseverare in esse suo)意图的最低限度的自然法内容,否则社会就存有解体与崩溃的危险。<sup>[184]</sup> 而私法所奉行的抽象平等与意志自由,很大程度上将造就自然的不平等,因为在市民社会中,尽管私权主体的权利能力是平等的,但因为禀赋上的差异以及运气的因素,个人所拥有的财富、权力、知识、人脉等其他力量却是各不相同。有鉴于此,私法发展出了诚实信用原则、公序良俗原则与禁止权利滥用原则,以便矫正私法异化,维护实质平等。而及至现代,基本权利观念的勃兴甚至使有的学者认为私法本质上应当被视为社会契约,而基本权利本就是这一契约的应有内容,私法应当扮演一个宪章性的角色,即自由与民主的社会契约。<sup>[185]</sup> 不过这样的观念却可能使私法有成为民法乃至与宪法同质化的倾向。为了达致实质平等的目标,私法不可避免地会引入更多国家公权力干预的因素,而这样做的后果与其说是发展了私法,不如说是对私法精神的背离。私法的平等观主要旨在反对特权,而非关注结果上的平等,对于私法来说,权利能力平等状态下所造成的结果不平等,符合分配正义的历史原则。诺齐克在《无政府、国家与乌托邦》一书中区分了分配正义的历史原则与分配正义的目的——结果原则,历史原则认为,分配是否正义依赖于它是如何演变过来的;而目的——结果原则,或者称之为即时原则,则认为一种分配的正义决定于事物现在是如何分配的。<sup>[186]</sup> 对于

<sup>[183]</sup> 霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第54页。

<sup>[184]</sup> 参见H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第180—185页。

<sup>[185]</sup> See Florian Rödl, “Fundamental Rights, Private Law, and Societal Constitution: On the Logic of the So-Called Horizontal Effect”, *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 20, no. 2, 2013, pp. 1029-1030.

<sup>[186]</sup> 参见罗伯特·诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1991年版,第159页。



私法而言,因其以市民社会成员的普遍自由与自治为存在前提,故而私法的分配正义更多地考虑分配过程是否公平——在社会交往的过程中是否存在欺诈、胁迫、错误等意思不自由或者意思瑕疵?某人的行为是否具有过错?某人取得某物是否具有正当的法律原因?倘若市民社会成员在交往过程中,意志并未受到强迫,行为也无过错,取得物或者其他财产也具有正当的法律原因,那么即使在结果意义上分配并不均衡,私法也不以之为不平等与非正义。私法对于伦理与道德应当保持极为谨慎的态度,因为伦理与道德的高要求将可能导致国家干预对私法疆土的入侵。<sup>[187]</sup>“极端的公正即不公正”。<sup>[188]</sup>理性的立法干涉不能在私法中设置过分强调伦理与理性的规则,否则“理性将变为荒谬,福音亦化作鸩毒”<sup>[189]</sup>,市民将在国家的沉重干预下丧失自由。伦理上的实质平等并非私法的任务。尽管在现代私法中,伦理分析也占据一席之地,但伦理在私法中只能以极为谦抑的态度发生作用。而作为自伦理而派生出的三大原则,即公序良俗原则、诚实信用原则与禁止权利滥用原则,只能作为私法的次级原则、解释原则与补充原则,而不能作为私法的基本原则。<sup>[190]</sup>在私法中,能够得到充分承认的伦理是“从最低点出发……使有序社会成为可能或者使有序社会得以达致其特定目标的那些基本规则”<sup>[191]</sup>,即“义务的道德”<sup>[192]</sup>;而对于善的生活的道德、卓越的道德以及充分实现人之力量的道德,即“愿望的道德”<sup>[193]</sup>,私法应当采取排斥与极为审慎的有限承认态度。而私法学的使命也应主要系于以法学创设法,发现与描述法的规则,而不应做过多的法律以外的思考。<sup>[194]</sup>因为正如德国法学家温德沙伊德所言:“伦理方面、政治方面与国民经济方面的斟酌不是法学家的事情。”<sup>[195]</sup>

此外,伦理谦抑原则还提示了私法对待家庭法,即亲属法与继承法的审慎态度。众所周知,家庭法是私法范畴中最具有伦理色彩的部分,家庭法也

[187] 参见近江幸治:《民法讲义I》,渠涛等译,北京大学出版社2015年版,第21页。

[188] 施塔姆勒:《正义法的理论》,夏彦才译,商务印书馆2012年版,第21页。

[189] Franz Wieacker, *supra* note[24], p. 280.

[190] 市民社会因以市民之自由行事为其活力来源,故而也可以称其为一个自由主义社会,而自由主义社会是一个宽容的社会,在这一个社会中,存在着“合理的价值和关于良善生活的合理观念的不可化约的多元性。……国家应当确保平等地对待每一种良善生活的观念,不应把任何一种特定的合理观念置于其他观念之上”,在市民社会中,没有整体主义的道德观,私法不能将大多数人的善恶观作为强制性规则强加给社会的所有个人。仅从个人主义的角度而言,道德来自个人的自我选择,倘若将道德行为变为强制行为,则实际上是取消了道德。参见赵红梅:《私法与社会法:第三法域之社会法基本理论范式》,中国政法大学出版社2009年版,第147页。

[191] 富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第8页。

[192] 同前注[191],第8页。

[193] 同前注[191],第7页。

[194] 参见前注[183],第6页。

[195] 同前注[183],第6页。

是较多强调道德因素的私法领域。<sup>[196]</sup> 伦理谦抑原则之于家庭法的意义在于,一方面尊重家庭法对于伦理因素的重视,在私法层面上给予家庭更多自治空间,从而适应家庭法较之于私法其他法域而言更多“熟人”色彩的特点;另一方面也对家庭法过分强调伦理要素的倾向予以规制,从而使家庭法不至于因过分张扬伦理与道德而压制市民社会成员所应当享有的抽象平等与意志自由。

#### (五) 交易庇护原则

对于私法而言,由于其仅以平等私权主体之间的交往为规范对象,因此在秩序价值方面,与公法所追求的自上而下的科层制秩序以及国家对个人的控制秩序不同,私法所追求的秩序乃是合理的社会交往秩序,包括市场交易秩序与伦理交往秩序。对于伦理交往秩序,即家庭成员、亲属、类似亲属的众人之间的交往秩序以及普通人之间的非市场交易秩序而言,私法大多秉持承认或者不予干预的态度,认为伦理交往属于法外空间之纯粹生活事实。私法仅在十分必要的情势下才介入伦理交往秩序。不过对于市场交易秩序而言,私法则以更为积极的姿态介入其中,以便促进交易的成功与安全,实现社会经济之发展。例如在德国物权法上,著名的抽象原则将所有权移转行为塑造为一项与其原因相隔离的抽象(无因)行为,以维护法律交往过程中的安全。<sup>[197]</sup> 依物权行为理论,倘若甲将货物 A 卖给乙,而嗣后乙又将货物 A 卖给丙,后甲与乙之间的买卖合同因乙之欺诈而撤销。在此,货物 A 的所有权因甲与乙所为之物权合意与交付(即物权行为)而移转,买卖合同的撤销仅仅产生不当得利返还的效力,丙自乙处获得货物 A 具有完全的法律正当性,甲不能向丙请求物的返还。在这一过程中,我们会发现,物权行为理论通过抽象出物权合意的方法,使得存在债权意思瑕疵的交易仍可实现物的流转,从而使可能的法律纠纷仅局限于第一阶层的交易当事人之间,而不会扩张至第三人乃至其他人,这无疑对于交易的便捷与安全是十分有利的。<sup>[198]</sup>

而在意大利财产法上,尽管未如德国那样采纳抽象原则与物权行为理论,但承认动产占有的善意取得效力。例如,某人自无权利人处购买动产,倘

[196] 参见蒋月、何丽新:《婚姻家庭与继承法》,厦门大学出版社 2013 年版,第 18 页。

[197] Vgl. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., 1992, S. 176.

[198] 不过须予以提示的是,也有学者认为物权行为理论具有维护交易安全功能这一观点乃是德国民法典立法理由书的附会,事实上,萨维尼不是因为交易安全,而是基于体系上的结构考虑而“发现”了物权行为,物权行为乃是在物债二分理念的基础上,随着债的概念的发展而完善,而非因为保护交易的思想。参见前注[183],第 187 页以下。

若其基于善意而为购买,且已经占有了该动产,则可原始取得该动产。<sup>[199]</sup>《法国民法典》《瑞士民法典》《阿根廷民法典》(《萨尔斯菲尔德民法典》)、《埃塞俄比亚民法典》《日本民法典》《韩国民法典》《泰王国民商法典》《阿尔及利亚民法典》《菲律宾民法典》《奥地利普通民法典》以及我国《物权法》均规定了类似制度。<sup>[200]</sup>当然,尽管善意取得制度对于交易安全的庇护程度不如物权行为制度那样彻底,在交易安全的维护过程中,仍然设置了一个模棱两可且难以明晰的“善意”要件,但与传统的罗马私法理念相比,善意取得制度仍然具有浓厚的交易庇护色彩。在罗马法时代,罗马法奉行“任何人只能向他人转让属于他自己的权利”之原则,法律始终不知善意取得为何物。<sup>[201]</sup>直到东罗马帝国皇帝优士丁尼编纂《民法大全》时,通过对罗马法既有的“普布利奇安之诉”予以改造,才创立了善意取得制度。<sup>[202]</sup>而公认的善意取得制度的另一渊源,则是日耳曼法上的“以手护手”原则。根据该原则,所有人任意让他人占有其物者,只能对该人请求返还,而不能向第三人请求返还。<sup>[203]</sup>而现代私法上的善意取得制度,则是结合了罗马法上“普布利奇安之诉”的善意要件与日耳曼法上“以手护手”原则而最终形成的,故而被德国法学家维亚克尔视为是“一种十分鲜明的异常古老与相当精致的法律理念之交织”。<sup>[204]</sup>从伦理与道德的角度来讲,私权主体自然不能无中生有地将不属于自己的东西转让给他人,这也是罗马法坚持“任何人只能向他人转让属于他自己的权利”的原因所在。作为“从无权利人处取得”的善意取得制度<sup>[205]</sup>,难以在伦理上找到其正当理由,乃因在善意取得之中,并未参与交易的真正权利人丧失了权利,而善意第三人尽管并未与真正权利人发生交涉,却可以终局性地取得物之所有权。在功能上类似善意取得的私

[199] Cfr. Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè Editore, 2013, pp. 344-347.

[200] 参见《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2010年版,第498页;《瑞士民法典》,殷根生译,法律出版社1987年版,第200页;《最新阿根廷民法典》,徐涤宇译注,法律出版社2007年版,第513页;《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,厦门大学出版社2013年版,第166—167页;渠涛:《最新日本民法》,法律出版社2006年版,第45页;《韩国民法典·朝鲜民法》,金玉珍译,北京大学出版社2009年版,第40页;《泰王国民商法典》,周喜梅译、谢尚果审校,中国法制出版社2013年版,第227、234页;《阿尔及利亚民法典》,尹田译,厦门大学出版社2013年版,第115页;《菲律宾民法典》,蒋军洲译,厦门大学出版社2011年版,第80—81页;《奥地利普通民法典》,周友军、杨垠红译,清华大学出版社2013年版,第60—61条;申卫星:《物权法原理》,中国人民大学出版社2008年版,第240—253页。

[201] 参见陈华彬:《民法物权论》,中国法制出版社2010年版,第280页。不过也有学说表明,在优士丁尼时代,通过对普布利奇安之诉的改造,罗马法上确立了善意取得制度。

[202] 参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第107—108页。

[203] 参见叶金强:《公信力的法律构造》,北京大学出版社2004年版,第83页。

[204] *Supra* note[24], p. 190.

[205] Cfr. Andrea Torrente, Piero Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè Editore, 2013, p. 344.

法制度还有很多。例如,在缔约过程中,尽管缔约当事人并未明确表示相应的意思,但有时私法也会借由法律的规范性权威,而直接设定某种意思表示的效果<sup>[206]</sup>,此即“意思表示之法律拟制”。<sup>[207]</sup>如我国《合同法》第 47 条规定:“限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效……相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。”第 48 条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同……相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认。”该法条所提示的要件事实中,法定代理人与被代理人并未作出任何意思表示,但法律却赋予了某种意思表示的法律效果。

私法中以物权行为、善意取得与拟制意思表示为代表的一系列制度彰显了一种非伦理的交易庇护观念。<sup>[208]</sup>恰如韦伯所敏锐洞见到的那样:“法律保障在很大程度上都是直接服务于经济利益的。即使那些看上去并非如此或者实际上却是并非如此的情况,经济利益也是影响法律创制的最强大因素。”<sup>[209]</sup>而这一点在私法上体现得尤为明显。现代私法为了促进交易的便捷与保护交易的安全,通过一系列规范性手段,立足于社会之高度,实现对交易的控制。在这一过程中,意志自由原则甚至受到了一定限制,私法会通过拟制、补充、解释等方式尽量促成一项交易或者竭力将可能的法律纠纷限定在十分有限的主体之间。例如,在当事人虽然就货物 A 的买卖达成合意,但却欠缺关于货物质量、价款、报酬、履行地点、履行期限、履行方式以及履行费用的约定的,私法也并不以当事人之间无合意为由而让这项买卖消亡,而是通过补充的方法将这项交易修复完整。<sup>[210]</sup>又如,物权行为的抽象性,使存在债权意思瑕疵的交易仍可仅因物权行为而实现物之流转,从而使潜在的法律纠纷嗣后仅可能发生于最初的交易当事人之间,而不会扩张至第三人乃至其他人,这无疑是对交易安全乃至便捷的维护。总的来说,私法中诸如物权行为、善意取得与拟制意思表示、表见代理等制度均是现代私法立足于市民社会的宏观交易场景,是为克服或者弥补私法一般制度的局限性而作出的特别制度安排,或者是为了平衡当事人之间利益关系

[206] サヴィニー『現代ローマ法体系・第三卷』,成文堂 1998 年版,231 頁。

[207] Werner Flume(Fn. 197), S. 117.

[208] 当然,严格来说,似乎“交易安全之保护”这一点在某种意义上也可以被认为是一种新的伦理观。不过恰如德国法学家鲍尔与施蒂尔纳所言,其实依照通常的法律逻辑,权利取得人只能从真正权利人处取得权利,甚至也并不是所有国家都承认维护交易安全的善意取得制度。Vgl. Fritz Baur/Jürgen F. Baur/Rolf Stürner(Fn. 98), S. 39. 因此,“交易安全之保护”不是因为伦理的因素,而是因为非伦理的经济与便利因素而获得合理性。

[209] 马克斯·韦伯:《经济与社会(第一卷)》,阎克文译,上海人民出版社 2010 年版,第 453 页。

[210] 参见我国《合同法》第 62 条的规定。

而诞生的制度。<sup>〔211〕</sup> 这些制度所集中彰显的交易庇护理念,其旨趣在于竭力去除私权主体之间法律与经济的交往障碍,尽量促成意思的合致与交易的实现,从而维护私权主体活动的交易安全与交易预期,最终塑造一个富有安定性的法律秩序。我们甚至可以说,伴随着债权在私法中优越地位的确立,现代私法普遍存在着交易安全优于享有安全,或者说动的安全优于静的安全之理念与制度趋势。不过纵然如此,恰如日本民法学家我妻荣所言,在未来“对金钱债权的专制加以约束,限制其剩余价值的名义,必然成为取代‘交易安全’的新法律思想”。<sup>〔212〕</sup> 交易庇护原则并非私法的唯一原则,其适用也必须以抽象平等、意志自由与必要的伦理要求为前提与基础。

#### (六) 小结:作为私法内部体系的私法基本原则体系

抽象平等、意志自由、伦理谦抑与交易庇护作为界定私法范畴的原则,其相互之间存在紧密关联:首先,抽象平等原则提供了私权主体得以诞生的前提。其次,意志自由原则提示了私法范畴内的基本工具,即意志。再次,伦理谦抑原则彰显了私法范畴内的价值相对主义色彩,或曰伦理消极因素,其在较大程度上保证了意志自由的推行与抽象平等不至于被伦理所扭曲。最后,交易庇护原则主要表明现代私法市场交易秩序维持所必需的信赖因素,其本质上也是维护意志自由原则的手段。管见以为,抽象平等、意志自由、伦理谦抑与交易庇护所表征的理念相互勾连,共同形成一个有机体系,该体系并不具有金字塔式的构造风格,而是一种动态与谦和的柔性观念体系,它们在相互博弈与具体衡量中被灵活地适用于私法中的各个法域。该体系在宏观意义上也拥有一个统一而恰如其分的总结性观念术语,即私法自治。

### 六、结论:民商合一时代的私法范畴、私法学与民法典编纂

借由对私法范畴的考察,可以得见私法所特有的制度与学说的历史性格:在素材上,私法以罗马私法为主要渊源,并以日耳曼私法为其特别私法的渊源;在体系上,私法则受制于潘德克顿体系,最终形成“一般私法-特别私法”体系;而在原则上,“不管社会(主义)化思潮今后会对民(私)法形成何种冲击或影响,只要民(私)法依其名义仍然存在着,它只能是一部个人本位、权利本位的法律”。<sup>〔213〕</sup> 因此,私法在应然层面与实证层面上都须尊崇由抽象平等、意志自由、伦理谦抑与交易庇护所构成的私法自治原则体系。

当然,本文所彰显的,乃是一种介乎应然与实然之间的,理性、克制甚至略

<sup>〔211〕</sup> 参见朱广新:《信赖保护原则及其在民法中的构造》,中国人民大学出版社2013年版,第88页。

<sup>〔212〕</sup> 我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江译,中国大百科全书出版社,第224页。

<sup>〔213〕</sup> 同前注〔211〕,第47页。

显保守的关于私法范畴之宏观叙事。美国法学家菲尔德曼曾说,学者通常应当避免写作宏大叙事、元叙事或者元历史,乃因在这一宏大叙事中,反对的观点和被压制的声音被忽视或被边缘化,所谓的阶段常常被描述得好像一个阶段就是由单个的声音或立场代表的,历史由此变得平面化——但纵然如此,提出一个一般性的探索方法和解释框架也绝非毫无意义。<sup>〔214〕</sup> 本文关于私法素材、私法体系与私法原则的考察也的确建立在富有一定主观色彩的择取与剪裁的基础之上。但是,倘若读者愿意宽宥本文的主观色彩,那么便会发现,私法在范畴意义上所具有的,由历史与学术所共同塑造的一系列特点,即素材上的罗马私法性、体系上的潘德克顿性与原则上的自由平等性。而基于此项判断,私见以为,未来的私法研究,应当注意以下三个方面的问题。

#### (一) 私法继受的客观性与长期性

在素材层面上,我们必须承认,我国所继受的私法,尤其是作为一般私法的民法,来源于罗马私法。总体而言,我国的民法历史与日本相仿。日本民法学家大村敦志曾说,近代日本民法,乃是“借由法国法与德国法,而与罗马法传统相勾连之事物”。<sup>〔215〕</sup> 而与日本非常相似的是,我国民法在较大程度上也是罗马法传统在中国国情下的一次特殊延伸与展开。因此,在私法研究的历史维度上,对于中华私法教义学的发展而言,罗马法研究仍然是一个绕不过去的必由之路。倘若大方地承认我国作为继受法国的事实,少谈一点超越,多谈一点继受,那么,以中华私法教义学之构建为目标的私法学研究,仍然很有必要回到罗马法的原点。也许惟其如此,我们才可能真正地超越德意志、法兰西与日本,草创属于我们自己的私法学理论。

#### (二) 立法体系与法学体系的分立与整合

在体系层面上,现代私法仍然受到了潘德克顿法学思想的影响,将私法划分为了一般私法与特别私法两大次级范畴,这使得民法与商法,乃至其他民事特别法的有限分离似乎成为不可避免之事。但事实上,这种区分很大程度上乃是由于潘德克顿法学体系的过分保守与特别私法的灵活多变性格所致。对于这一问题,管见以为,在立法层面上维持潘德克顿体系当属上乘之选。申言之,在民法典编纂过程中,民法典在素材方面仍然应当局限于总则、物权、债、亲属与继承,以此作为一般私法,而商法、知识产权法等特别私法,则应在立法上以单行法的形式存在,由此在立法上维持“一般私法-特别私法”这种较为松散的立法模式。不过,在法学层面上,不妨借助现代私法基本原则体系塑造一个可得整合民法与商法、一般私法与特别私法的私法学理论,从而在学术与理论层

〔214〕 参见斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想——一次思想航行》,李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第7—8页。

〔215〕 大村敦志「基本民法 I 総則・物権総論」,有斐閣2005年版,6頁。

面上实现对潘德克顿体系的某种超越,最终消解长期困扰我国的“民商合一”抑或“民商分立”之理论难题。

### (三) 现代私法基本原则的中枢作用

在原则层面上,尽管有学者认为,现代民(私)法是社会本位的法,但无论是个人本位还是社会本位,对于私法而言,其最为宝贵的理念仍旧是个人可得保有依自己意志而行使的最大限度自由。因此,以抽象平等、意志自由、伦理谦抑与交易庇护为根本内容的私法自治原则体系仍然应当被视为现代私法之基石。对于我国的民法典编纂来说,我们理应保持一种审慎而理性的态度,民法典的编纂不应成为“民权法典”的编纂,民法典不能也不应当承担一些非私法的期待。

在笔者看来,我国的民法典编纂应当实现两大目标:其一,在政治层面上,对我国改革开放近四十年来私法领域的现状予以契合中国国情的法律权威确认。此项目标属于立法者的权力范畴,而非法学的任务。其二,在法学层面上,基于我国作为大陆法系民法继受国家的现实考虑<sup>[216]</sup>,在某种程度上,我们应当认为,罗马私法及其历史,以及大陆法系各国私法及其历史即我国的私法与我国的私法史。恰如德国著名私法学家施罗瑟(Hans Schlosser)所言,“继受必须被作为一个复杂的文化史与社会学过程而被理解”<sup>[217]</sup>,对大陆法系私法的继受亟待我们在回应与聚焦中国问题的同时,模仿罗马人、法兰西人以及德意志人去进行法律思考。而在此基础上,借由民法典编纂之机遇,通过大规模的学术研究与理论争鸣,塑造既富有学术底蕴,又可回应社会现实的私法学理论,甚至形成真正意义上的各种私法流派,则能够比肩德意志与法兰西之中华私法学的出现,或许亦不远矣。

(审稿编辑 洪国盛)

(校对编辑 王泓之)

<sup>[216]</sup> 总体而言,我国私法并非源于中华法系的本土资源,而是自大陆法系继受而来。参见孙宪忠:《中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴》,载《中国社会科学》2008年第2期,第89—102页;易军:《中国民法继受中的体系性瑕疵与协调》,载《法商研究》2009年第5期,第67—75页。

<sup>[217]</sup> H. シュロッセー『近世私法史要論』,有信堂1991年版,3頁。