

A Study on Autonomy of Private Law

From a Perspective on Social Change

私法自治研究

——基于社会变迁的视角

韩伟
著

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

私法自治研究

——基于社会变迁的视角

A Study on Autonomy of Private Law

韩伟 著

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

图书在版编目(CIP)数据

私法自治研究：基于社会变迁的视角/韩伟著. —济南：山东人民出版社，2012.8
ISBN 978-7-209-06764-5

I. ①私… II. ①韩… III. ①私法—研究—中国
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第195212号

责任编辑：崔 萌

封面设计：张丽娜

私法自治研究

——基于社会变迁的视角

韩 伟 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址：济南市经九路胜利大街39号 邮 编：250001

网 址：<http://www.sd-book.com.cn>

发行部：(0531)82098027 82098028

新华书店经销

山东新华印务有限责任公司印装

规 格 16 开(169mm×239mm)

印 张 15.75

字 数 240 千字

版 次 2012 年8月第1版

印 次 2012 年8月第1次

ISBN 978-7-209-06764-5

定 价 32.00 元

如有质量问题，请与印刷厂调换。电话：(0531)82079112

序

自由立足于人的本性，在私法自治的框架中得以制度化，进而形成近现代民法的基本精神和理论基础。正是基于私法自治这一理念，才使得人的行为自由得以初步实现。私法自治是近代法治的基础，也是市民社会的一个基本法律原则和自由市场经济的法律反映。在私法自治的内涵中，契约自由是核心，人的尊严和人格尊重是它的伦理基础。私法自治体现在所有权的行使自由、契约自由和遗嘱自由等诸多方面。通过人格人、主观权利、法律行为等法律技术的构造，近代民法完成了奠基于私法自治基础上的体系构建。

本书从社会变迁的视野中，对于私法自治与国家强制之间、自由与限制之间的互动关系进行了阐述，并分析了这一社会发展进程中民法理念和制度设计的变化问题。本书总体上是从三个方面对社会变迁中的私法自治进行了阐述，并对民法制度设计的转变进行了分析：

第一，个人自由与国家强制之间的关系问题。传统意义上的国家和政府，其职能在新的社会条件下发生了诸多变化，这主要体现在对经济生活的干预和社会保障的制度化等方面。这与传统意义上的国家形象和定位有很大区别，而这一发展的后果之一，就是在民法制度设计上对个人自由所表现出来的诸多限制，公权力对私权领域一定程度的干预。这一互动关系的基础，需要从市场经济本身的规律性和权利保障以及社会生活秩序等角度加以解释，而现代社会的复杂性和多元化，又使得个人自由与国家强制之间的关系，既不能从古典时期的个人与国家观上来认识，也不能从福利国家的阶段性特征上来把握。人与国家之间的关系，在现代社会条件下，对于人格的尊重和对权利保

障，显得更加重要。

第二，个人自由之间的关系问题。自由从来就是一个关系性的概念，这一关系既体现在人与人之间的一种关系，也体现为这种关系需要从一定的社会发展条件下加以认识。

在这种自由的关系面向之中，蕴涵着一种平等价值。就个人之间来讲，只有在相互平等的基础上，才能论及自由及其实现的问题。在民法的范畴中，平等价值是民事主体形式意义上的平等，而在民法的现代化进程中，也涉及平等价值的重新审视和制度重构。现代宪法对平等权利的保障，为平等权利的实现奠定了更加坚实和广泛的法律基础。不过，现代社会条件下对平等性价值的诉求，也从理论和制度设计上对个人自由进行了限制。追求平等性价值，其目标在于实现社会正义和个人自由，但是，在这一制度化进程中，是以某些个人自由的丧失为代价的。现代民法价值理念的一个重大转变，就是对平等与自由之间的关系问题进行了重新审视和制度设计上的一些改变。而这种转变，只有在现代社会条件下，从社会经济结构的转变和观念更新之中，才能更加清晰地认识到民法制度变迁的根源和基础。

第三，自由和伦理之间的互动关系。私法自治本身就具有特别重要的伦理意义，因为它张扬个人自主的精神，尊重人格的平等与自由，这也是近代启蒙思想运动的重大成就和制度表现之一。一方面私法自治所蕴涵的现代伦理是对传统伦理的一次革命，另一方面也是对市场经济伦理的一种反映。个人自由必须以现代伦理作为其应有内涵之一，而现代伦理也同样要以自由作为价值取向。从近代民法到现代民法的转变进程中，伦理性价值的凸显，一方面是对近代法实证主义影响的一种反对，另一方面，它也是对民法基本精神的一种重塑。在这一过程中，个人自由更多地受到伦理性价值的限制。但是，这一限制需要从两个方面加以分析：一是这一现代伦理所限制的乃是对个人自由的滥用，并非是对个人自由的真正限制；二是现代社会复杂性的加强，法律的滞后性和局限性日益明显，以立足于市场经济基础上的伦理性价值来弥补或者指导个人自由，使个人自由与伦理之间能够和

谐和平衡，这既是现代社会得以正常运行的必要条件，也是现代民法正常发展的一个重要基础。这些转变本身也意味着一种社会秩序的重构。

私法自治是一个基础性的概念，又是一个发展性的概念。就其基础性而言，私法自治是建立在个人自由的世界观和方法论基础上的，这其中蕴涵着极为重要的人本主义精神。脱离了个人，是无所谓国家与社会的秩序。当然，任何个人总是生活在一定的文化传统之中，社会环境的差异和文化传统的不同，自由及其实现都存在一定的差异性。这一点，从近代以来各国民事法律制度设计上所体现出的自由理念的程度上就能表现出来。就其发展性来讲，不同时代的人们对于自由的认识程度及其制度设计上所表现的方法论，由于社会经济文化条件的限制，也必然有所区别。这里显然涉及一个人们随着社会发展和文明进步而对自由问题不断加以深化认识的问题。私法自治的基础性和发展性，都是建立在对人性、法律和社会的深刻认识基础上的，其核心就是如何认识人的问题，就是如何认识自由的问题。民法以人为本，也正是基于此，个人自由和私法自治乃是一个问题的两个面向。这也正是私法自治这一主题虽然显得比较古老，但是依然具有强大生命力的原因之所在。私法自治从一个简单的抽象性原则，发展为一个内容更加丰富、包容性更强的概念。其中，社会发展变化是这一内容丰富化的基础，对于人、社会、法律等认识的深化是正确理解这一发展性的关键。

私法自治对于我国民事法律制度建设，具有两方面重要的启示和意义：

第一，私法自治阐述了个人自由与国家公权力的界限，张扬了个人自由的精神。其实，个人自由与国家公权力的界限问题，并非是西方国家所特有的问题，而是具有共性的问题。在我国的社会转型时期，如何解读私法自治的理论内涵和制度意义，已经不是单纯的理论问题，而是一个现实实践的重大问题。私法自治也并非是一个陈旧的话题，其中所蕴涵的自由理念奠定了现代社会法治观念的制度基础，

没有个人自由的概念，无从谈私法自治，也无从谈法治社会。而个人自由观念历来是传统文化和制度建设中所欠缺的一个重要因素。他山之石，可以攻玉。对私法自治进行系统和全面的研究和阐述，能够进一步促进民法制度建设，促进我国市民社会的发展，也能够促进文化创新，更加重要的是，能够更深入地诠释我国民法应当具有的理念和精神。缺乏理念的阐释，制度设计无从圆满。

第二，私法自治本身就蕴涵着伦理性的意义，自治与自律并非矛盾，缺乏伦理的自由难以称之为自由，而缺乏自由的伦理不是现代伦理。自由与伦理之间相互依赖，但是又存在着一种张力。对于我国的民法现代化来说，不仅仅要建立、健全民事法律制度，也要关注制度的伦理性价值。这既涉及对传统伦理观念的更新问题，也涉及现代伦理的建设之意，更涉及个人自由与现代伦理之间的关系问题。

私法自治是历史发展和文明进步的产物，同时，它也是民法现代化发展的重要基础和前提。因此，必须从历史的面向上，才能够对私法自治的人文精神有一个透彻的了解，同时，也必须从比较的面向上，才可以审视私法自治的丰富内涵，更必须从国家与市民社会的发展框架中，来完整诠释私法自治的人性本质和制度变迁所赖以存在和发展的社会基础。

韩伟

2012年初春

目 录

序

引 言

第一节 公私法的理论划分 / 3

第二节 私法自治理念的提出 / 13

第一章 私法自治的形成基础

第一节 私法自治的社会基础 / 27

第二节 私法自治的经济基础 / 32

第三节 私法自治的哲学基础 / 35

第四节 私法自治的伦理基础 / 42

第五节 私法自治的文化基础 / 48

第二章 私法自治与近代民法体系的形成

第一节 私法自治与近代民法的基本理念 / 55

第二节 私法自治的制度化 / 61

第三节 私法自治与近代民法的体系建构 / 75

第四节 私法自治与近代民法的方法论问题 / 89

第三章 社会变迁与私法自治的修正

第一节 市民社会的发展及其现代性反思 / 101

第二节 平等性的价值诉求 / 112

第三节 从古典宪政到国家干预主义的转变 / 121

第四节 私法自治的界限问题 / 128

第四章 私法自治的发展与现代民法体系的重构

第一节 平等与自由之间 / 141

第二节 私法自治与现代社会的伦理性问题 / 147

第三节 私法自治与民法体系的多元化 / 158

第四节 私法自治的扩展与新宪政主义 / 163

第五章 中国的社会转型与私法自治

第一节 传统社会中个人自由的缺失及其分析 / 175

第二节 从“乡土中国”到“市民中国”的社会转型 / 181

第三节 私法自治与我国的社会转型 / 185

第六章 私法自治与我国民法的制度完善问题

第一节 私法自治与我国民法的基本理念 / 195

第二节 私法自治与法律行为制度 / 207

第三节 私法自治与物权制度 / 211

第四节 私法自治与合同制度 / 217

第五节 私法自治与遗嘱继承制度 / 220

第六节 私法自治与婚姻制度 / 222

第七节 私法自治与结社自由问题 / 225

结束语

一、私法自治与社会化问题 / 231

二、私法自治与科学技术的挑战 / 232

三、私法自治：基于民法方法论的视角 / 234

主要参考文献 / 235

后 记 / 242

引言 |

preface

民法以人为本。但是，如何以人为本，这既是民法理念的一个哲学问题，也是民法制度设计的关键之所在。在对这一问题的阐述中，自由构成了近现代民法的理念核心。如何阐释自由以及如何实现自由，是民法的一个中心议题，也是现代法治社会建立的重要基础。公私法的划分是大陆法系近代法律的原则和法律秩序的基础，关于公私法的划分理论的探讨，也是对私法自治的一种理论探索。从法的理念上讲，公私法的划分抑或私法自治，本质上都是人们对自由及其实现的一种理论解释和制度设计，其中蕴涵着极为重要的人本主义精神，也蕴涵着人们对社会及国家的认识问题。从这一视角上讲，公私法的划分理论之所以历经千余年并不断进入人们的理论探索的范围之中，这一事实本身就说明了该理论具有强大的生命力，也说明了人们对法治理想与自由价值的不懈追求和探求。

第一节 公私法的理论划分

对于大陆法系来讲，公私法的划分是对法律所作的最基本的分类。从历史发展的脉络来看，这一理论反映的是人们对自由及其如何实现的一种法律思维和价值取向。

一、大陆法系公私法的划分理论源流

从法律思想发展史的角度上讲，公私法的划分远在古希腊就已经有了初步的思想萌芽，但是由于历史条件的限制，人们在其理论阐述上是不系统和不完整的。在柏拉图的著作中，我们可以看到他反复使用“公共事务”和“私人事务”等类似词语来进行论证、分析相关问题。自苏格拉底以来，古希腊文明已经开始转向人的事务，转向伦理思想角度，这就萌发了一种简单和纯朴的人本主义精神。从近现代民法的角度上说，自由、平等是民法的基本原则。尽管自由、平等成为一种法律上的权利经历了一个比较漫长的历史发展过程，但是强调自由、平等的价值观念，尤其是强调在私人生活领域中的自由、平等理念，却是私法得以建立和发展的重要理论基础和前提。在古希腊社会条件下，商品经济出现了一些萌芽，但是那种相当狭隘的、自给自足的城邦观念，以及对于个人的伦理生活的强调，使得以财产法为基础和核心的私法难以发展起来，对于公私法的划分也就是一种奢望了。在古罗马法学家那里，公私法的划分就比较明确了。伴随着罗马的对外扩张，建立在奴隶制基础上的简单商品经济快速发展起来。也正是在这样的社会经济基础和古代自然法思想基础上，罗马法逐步地发展和完善起来。乌尔比安认为，公法是有关罗马国家稳定的法，私法是涉及个人利益的法。事实上，它们造福于私人。公法见之于宗教事

务、宗教机构之中。查士丁尼的《法学总论》第一卷第一篇第四条规定：“法律学习分为两部分，即公法和私法。公法涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益。这里所谈的是私法，包括三部分，由自然法、万民法和市民法的基本原则所构成。”^{〔1〕}至此，公私法的划分完成了它的基本雏形和理论体系框架。乌尔比安的公私法划分标准，是以法律所保护的利益作为区别标准，即保护公益者为公法，保护私人利益者为私法。这种划分方法，也被称为“目的说”。这种划分标准，成为历史最悠久的学说。罗马法的主体内容是私法，其法律精神就是对私有财产和权利的保障。客观地讲，乌尔比安的划分理论，是一种对于法律如何区分不同利益并加以法律保护的理论抽象，也是法律文明的一大进步。对于当时的社会发展状况而言，利益并非像今天这样复杂，国家的经济职能也没有今天这样广泛和深入。这一划分对于罗马法的发展起到了十分重要的作用。哈耶克认为，公私法与利益的错误观点在于私法只服务于特定的个人利益，而唯有公法服务于普遍性的利益。“对于每个人来说，从而也是对于普遍利益来说，自生自发的社会秩序为我们所提供的东西，要比政府组织所能够提供的大多数特定服务更为重要，只有政府组织经由实施正当行为规则而为我们提供的安全是个例外。”^{〔2〕}

在近代，随着市民社会的形成和民族国家的兴起，关于公私法的划分问题，成为法学的一个基本问题。在1804年法国民法典中，初步规定了公私法的界限问题。在其第七条中规定：“民事权利的行使不以按照宪法取得并持有的公民资格为条件。”而随后的第八条则规定：“所有法国人都享有民事权利。”这一规定，实际表达了公法和私法之间、政治权利和私权之间相互独立的法律原则。这一规定成为近代法律发展的基础。启蒙思想家们认为，私权是天赋的权利，它与政治权利不同，对于私权的行使并不以享有政治权利为条件和前提。公私法的理论划分，经过近代启蒙哲学的熏陶，尤其是在近代德国古

〔1〕〔古罗马〕查士丁尼：《法学总论》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第2、3页。

〔2〕〔英〕哈耶克：《法律、立法与自由》（第1卷），邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社2000年版，第208页。

典哲学的影响下，完成了学理上的界定。

公私法的划分理论，一般认为还有两种代表性学说。一是“主体说”，即法律关系的主体，其双方或者一方是国家或其他公共团体时，就属于公法关系；如果双方均为私人或私团体时，则属于私法关系。这一学说为德国公法学者耶律内克所倡导。应当承认，这一划分标准相对于利益标准划分来说，有很大的进步。近代民族国家的兴起和公法的逐步发达，使人们逐步地对公法加深了认识。不过，这一划分没有注意到国家以及其他公权力主体活动范围的逐步扩展，个人与国家依然是处于一种极为对立的理论面向上。二是“性质说”，即以法律关系的性质作为区别的标准。详细地讲，其中又可划分三个种类：其一是“权力关系说”，认为规范权力服从关系的为公法，而规范平等关系的为私法；其二是“统治关系说”，认为规范国家统治权发动关系的为公法，规范非统治权关系的为私法；其三是“生活关系说”，认为作为个人来讲，一方面是作为国家的一分子享有国民的生活关系，另一方面则是作为社会的一分子享有社会生活关系，调整前者的规范就是公法关系，调整后者的规范关系则是私法。“生活关系说”是日本多数学者的主张。^{〔1〕}

对于公私法的划分，还有一些学者持否定观点。比较有影响的就是凯尔森的观点。他认为，法律都是国家法，适用共同的原则，而国家与国民的关系并非径渭分明地划分为公法关系和私法关系。从法律上看，国家和人民的关系不是权力服从的关系而是权利义务的关系，其性质与个人相互之间的关系没有差异。因此，公法和私法之间的划分，“作为法律的一般体系化的一个共同基础来说，这种区分是没有用的”^{〔2〕}。而奥斯汀的观点与凯尔森恰恰相反，他认为一切法都是主权者的命令，所以法都是一种权力与服从关系，没有平等主体之间的关系，私法也是这样，它是主权者的命令。法国社会法学派的代表人物迪骥认为，一切法都是规定人与人之间的社会连带义务，没有权力

〔1〕郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第5、6、7页。

〔2〕〔英〕凯尔森：《法和国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第232页。

服从关系，也没有权利义务关系，公私法的划分显然没有必要。^{〔1〕}

另外，针对公私法的传统“二分”法主张，有学者如帕夫洛夫斯基等提出在传统的公法和私法两大领域之外，应有“社会法”作为第三领域存在，并主张在社会法的领域内，没有公法和私法的区别问题。这一“社会法”的第三领域，主要是指劳动法和经济法等。尽管对这种“三分法”绝大多数学者并不赞同，不过，这种试图突破传统的公私法划分的理论困境而所作的尝试，也含有一定的道理，即试图对于当代的经济秩序和社会发展变化进行一种新的把握。^{〔2〕}

二、公私法的划分理论：基于英美法的视角

从传统意义上讲，公私法的划分是大陆法系与英美法系的一个主要区别。前者将全部法律分为公法和私法，而后者则是体系庞杂，传统上并没有公私法的划分问题。这涉及两大法系在法律文化传统上的差异性问题。从英国法上讲，其法律源于普通法。尽管在其发展进程中蕴涵着法律内部不同价值取向的精神，但是在法律理论上没有公私法划分的传统。在近代，英国的思想家弗朗西斯·培根也曾主张英国有公私法的划分，但是这只是一种理论主张。与戴雪同时代的著名法学家霍兰德在1880年的《法理学》一书中就区别公私法，认为私法的内容是私人之间的关系，而在公法关系中，当事人至少一方是国家，公法中最主要的是宪法和行政法。^{〔3〕}从英国的时代背景上看，对于公私法的划分理论的认识，也与关于英国行政法的地位和作用等密切联系在一起。

〔1〕 [法]狄骥：《拿破仑法典》以来私法的普通变迁》，徐砥平译，中国政法大学出版社2003年版，第19、20页。

〔2〕 公私法的划分，在司法实践上讲，也有极为重要的意义。无疑，诉讼实践是一种国家公权力的实施行为，诉讼当事人、证人、鉴定人等与法院之间的关系不是平等关系，而是一种隶属关系，正是在此基础上，人们往往将诉讼法视为公法。不过，应该指出的是，诉讼规则并不仅仅调整这一隶属关系，而且还调整当事人之间的关系。在民事诉讼中，当事人之间的法律地位是平等的，而且在民事诉讼活动中，当事人就其诉讼中的权利有作出处分的自由。拉伦茨认为，这一点只能被解释为当事人“私法自治”在诉讼法中的延续。因此，诉讼法并不完全是一个纯粹的公法，而是一个独立的法律领域，既不属于公法，也不属于私法。当然，就实体法而言，对于法律关系的公私法的归属，其确定是必要的，因为它决定着诉讼途径的种类问题。参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），邵建东译，法律出版社2001年版，第8页。

〔3〕 转引自王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社1987年版，第2页。

进入20世纪以来,由于两大法系之间法律文化的交流和制度上的相互借鉴,英美法系国家的法学界也开始逐步使用公私法的术语进行理论探讨。在论及公私法时,他们往往采用的是“公域”和“私域”的划分问题(Public/Private Distinction),而这一概念与大陆法系国家所沿用的公、私法概念并不完全相同。但是,英美法系学者在论述其划分标准时,多采用“机构标准”或“功能标准”。机构标准指的是公法约束的对象是政府机构,功能标准指的是公法约束的对象是那些执行公共职能的机关。显然,所谓的“机构标准”与大陆法系国家的“主体说”几乎完全一致;而“功能标准”则将主体、权利和利益等标准混杂在一起,认为公共职能的界定要考虑其行使所影响的权利和利益范围是仅仅限于私人之间还是涉及第三方或社会公众。^{〔1〕}尽管在英美法系国家公私法划分问题更多的是在理论探讨中,在立法和司法实践中所表现的重要性与大陆法系不可同日而语,其理论研究和法律实践的核心依然在于权利救济问题,但是如果我们深入到制度背后,就可以发现这一制度设计的价值基础在两大法系存在着一致性。无论是公私法的划分还是公私域的划分,无不以个人自由和政府权力之间的关系作为考虑的出发点,私法或私域以个人自由为其理论基础,而公法或公域则以对于政府权力的限制为其宗旨,二者之间显然存在着相同的价值取向。判例法传统和“非法典化”只是英美法制度上特征,这并没有影响其法治理念中的强势自由主义,从这一角度上讲,法系的不同,只是表现了法律传统和制度设计上的多元化和差异性。20世纪80年代以来,关于公私法划分的标准问题的反思以及公私法相互渗透的探讨也引起很大关注。^{〔2〕}

三、公私法划分理论的评析:个人自由的视角

公私法的划分,从历史变迁的角度上看,不仅具有一种历史性的

〔1〕 Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, Clarendon Press, 1996, p21.

〔2〕 Dawn Oliver, “The underlying Values of Public and Private Law”, in Michael Taggart ed. *The Province of Administrative Law*, Hart Publishing, 1997.

意义，它对于近代私法乃至公法的发展，都具有部门法意义上的基础性作用，而且，将法律划分为公私法，也影响着人们对于现代法律体系的理论认知和制度设计路径。

（一）公私法划分的历史性因素

无论是“利益说”、“关系说”，还是“主体说”，这些理论对今日社会都无法加以完整和全面地阐述，而对于传统的二分法进行改变，提出三分法的理论尝试，依旧难以比较全面地说明问题。从本质上讲，这是如何从法律上把握个人与国家、社会之间的关系问题。对于这一问题，强调其历史性特征意义重大。

德国民法典第一草案理由书里写道：“公法和私法的界限，不是先验地所能划定的，只有按着法之发达的史迹才能划定，而法之发达，因联邦内邦之不同而异其形。”在德国民法学者中，也有许多人认为，公私法的划分一方面是有必要的，同时也要从历史的面向来考虑。梅迪库斯认为，“任何一种旨在用一种空洞的公式来描述公法和私法之间的界限的尝试，都是徒劳无益的。毋宁说，还是应当让历史因素来作出决定。自应然法观之，只有对新产生的法律制度，才能对其合理的归属问题进行考察”^{〔1〕}。尽管如此，他还是提出自己的划分标准，即公法是指受约束的决策的法，而私法是指自由决策的法。拉伦茨也认为，“在公法和私法之间，并不能用刀子把它们准确无误地切割开，就像我们用刀子把一只苹果切成两半一样。公法和私法在许多方面相互交错一起，其中历史上的原因起着一定的作用”^{〔2〕}。

尽管人们早已认识到在公私法划分的理论发展中，历史因素起着重要的作用，但是，却没有进一步明确指出历史因素的最终内涵是哪些。其实，这一历史因素既涉及法律科学本身的历史发展问题，也涉及社会经济文化的历史发展变化情况，或者说，所谓的历史因素其实就是社会变迁的另一种说法。就罗马法而言，国家之外无社会，所谓

〔1〕〔德〕梅迪库斯：《德国民法总论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第13页。

〔2〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），邵建东译，法律出版社2001年版，第7页。